

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

FÁBIO VITORIANO FERNANDES

PROPRIEDADE URBANA CONSTITUCIONALIZADA

**As cidades funcionais e a efetivação dos fundamentos e objetivos
constitucionais**

CURITIBA

2010

FÁBIO VITORIANO FERNANDES

PROPRIEDADE URBANA CONSTITUCIONALIZADA

**As cidades funcionais e a efetivação dos fundamentos e objetivos
constitucionais**

Monografia apresentada ao Núcleo de Monografia,
Pesquisa e Extensão como requisito parcial à
conclusão do curso de Bacharelado em Direito, Setor
de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do
Paraná

Orientador: Prof. Rodrigo Kanayama

CURITIBA

2010

TERMO DE APROVAÇÃO

FÁBIO VITORIANO FERNANDES

PROPRIEDADE URBANA CONSTITUCIONALIZADA

**As cidades funcionais e a efetivação dos fundamentos e objetivos
constitucionais**

Monografia de conclusão de curso aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

ORIENTADOR: _____

Professor Rodrigo Kanayama

Professora Ângela Cássia Costaldello

Professora Marina Michel de Macedo

Curitiba, 17 de novembro de 2010.

DEDICATÓRIA

Aos meus pais e a toda minha família pelo amor e apoio inquebrantáveis que me fazem ser quem sou hoje e me fortificam na busca de conquistas.

AGRADECIMENTOS

Aos professores Rodrigo Kanayama e Angela Costaldello, pelo apoio, simpatia e amizade que aproximou aluno e docente.

Aos amigos mais próximos pelo companheirismo consolidado ao longo destes cinco anos de faculdade e que espero perdurar por muito mais tempo, pois colaborou demais no meu desenvolvimento humano.

Podemos escolher o que semear, mas somos
obrigados a colher o que plantamos.
(Autor desconhecido)

RESUMO

O modo como se dá a relação de poder entre sujeito e bens divulga muitas vezes a forma de organização da sociedade e os valores centrais assumidos em determinado período histórico e político. Nesse diapasão, o Estado adquire papel chave no destino da sociedade e na efetivação dos valores agregados.

O Estado de ontem não é o mesmo de hoje. Ao invés da abstenção, qualidade do Estado Liberal, o Estado de Bem-Estar Social é chamado a agir e interpenetrar na sociedade para que as reais necessidades sociais sejam atendidas. E, nesse passo, o direito de propriedade deve ser apreendido de maneira diferente; os interesses envolvidos nessa relação de poder não se limitam aos do proprietário, mas concomitantemente aos dos não-proprietários, e, no caso da propriedade urbana, ao interesse coletivo em ver as cidades melhor planejadas, no sentido de que elas sejam reduto da efetivação dos fundamentos e objetivos constitucionais.

A presença do princípio da função social da propriedade na Constituição de 1988 veio a calhar no momento em que as normas constitucionais não podem ser tidas meramente como programáticas. Ao Estado e à sociedade, a partir da cidadania, cabe a missão de fazer valer verdadeiramente os valores constitucionais, entre eles a função social da propriedade, principalmente da urbana, conectada e imprescindível na consecução da função social da cidade, entendida pela sustentabilidade entre o econômico e o sócio-ambiental, ou seja, concebida pelo objetivo de se alcançar um padrão de vida de qualidade para seus habitantes.

Somente a partir da solidariedade, e não do egoísmo e do individualismo, que se conseguirá atingir uma sociedade mais justa. O combate à especulação imobiliária por meio da atuação positiva da Administração Pública é um caminho necessário para que as funções sociais da propriedade e da cidade sejam cumpridas. A busca do real interesse público encontra-se fundamento na ponderação dos vários anseios; só assim todos serão respeitados em sua dignidade e teremos cidades melhores para se viver.

Palavras-chave: direito de propriedade; Estado Social; interesse público; função social da propriedade urbana; urbanismo; intervenção estatal; função social das cidades.

SUMÁRIO

<u>INTRODUÇÃO</u>	<u>9</u>
<u>1- ESTADO E PROPRIEDADE PRIVADA.....</u>	<u>11</u>
1.1. ASPECTOS HISTÓRICOS DA PROPRIEDADE	11
1.2. DO INDIVIDUALISMO À FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	14
1.3. CONSTITUCIONALISMO DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL	20
<u>2. INTERESSE PÚBLICO E INTERESSE PRIVADO</u>	<u>24</u>
2.1. FIM DA DICOTOMIA DIREITO PÚBLICO-PRIVADO.....	24
2.2. INTERESSE PÚBLICO: SUPREMACIA OU PONDERAÇÃO EM RELAÇÃO AO INTERESSE PRIVADO	26
<u>3. PROPRIEDADE URBANA</u>	<u>33</u>
3.1. PROPRIEDADE URBANA CONSTITUCIONALIZADA.....	33
3.2. PLANEJAMENTO URBANO E FUNÇÃO SOCIAL DA CIDADE	38
<u>4. ORGANIZAÇÃO DAS CIDADES.....</u>	<u>43</u>
4.1. FORMAS DE EXPRESSÃO DO URBANISMO	43
4.2. INTERVENÇÃO ESTATAL NO PROCESSO DE URBANIZAÇÃO COMO MECANISMO DE COMBATE À ESPECULAÇÃO IMOBILIÁRIA.....	47
<u>CONCLUSÃO</u>	<u>54</u>
<u>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</u>	<u>57</u>

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tentará percorrer o caminho histórico e conceitual do direito de propriedade, em especial daquele sobre o solo urbano, tendo em vista sua essencial importância para a ordenação da cidade.

No primeiro capítulo, analisar-se-á a história jurídica e mesmo econômica e social do tratamento conferido à propriedade, constatando que ela está diretamente conectada com o modelo de Estado que faz a mediação da organização e desenvolvimento das forças produtivas em determinado momento político.

Reconhecendo a propriedade como ponto de encontro de interesses que muitas vezes apontam para o sentido contrário, sua configuração é maleável de acordo com a postura estatal adotada em cada momento político-econômico, ora mais propensa à proteção de um ora mais acolhedora de outro interesse. No Estado Liberal, a tutela da apropriação privada dos bens tem como característica a garantia da liberdade e da segurança a qualquer custo, ao passo que, no Estado de Bem-Estar Social, o direito de propriedade ganha cunho mais solidarista e voltado à satisfação da dignidade da pessoa humana, mediante a inserção do princípio da função social da propriedade nos textos constitucionais.

No segundo capítulo, tentaremos demonstrar de que forma se dá hoje a relação entre o interesse público e o interesse privado. Por muito tempo, a divisa entre o público e o privado era considerada intransponível. Nos dias atuais, pode-se inferir que essa separação não é tão rígida.

Outra questão a ser estudada nessa parte do trabalho será o enfrentamento de posições diferentes no que diz respeito à existência ou não de hierarquia entre o interesse público e o interesse privado. Há doutrina que discorre sobre a supremacia do interesse público e há vertente que assevera não existir tal subordinação do interesse privado, sugestionando a técnica de ponderação entre os interesses na busca da melhor solução para o caso concreto.

No terceiro capítulo, abordaremos o tema da propriedade urbana como centro de anseios divergentes na maioria das ocasiões, razão pela qual foi constitucionalizada em 1988. A constitucionalização da propriedade urbana tem a ver com a preocupação do Estado e da sociedade como um todo na organização mais equânime dos espaços urbanos, cada vez mais inchados.

No escopo de uma política urbana eficaz e responsável, o planejamento urbano democrático ilumina a grande distância existente entre as desiguais cidades de hoje e as pretensas cidades justas e sustentáveis do amanhã.

Ultimando esse ensaio, discutiremos sobre a relevância do urbanismo, técnica de ordenação e desenvolvimento das cidades, na busca da materialização dos fundamentos e objetivos constitucionais. Nesse diapasão, a cidadania e a intervenção estatal na propriedade urbana serão reputadas como pressupostos imprescindíveis para o cumprimento da função social da propriedade urbana e da função social da cidade.

1- ESTADO E PROPRIEDADE PRIVADA

1.1. ASPECTOS HISTÓRICOS DA PROPRIEDADE

A história da propriedade¹ nunca deixou de ser importante, haja vista os muitos interesses envolvidos na apropriação de riquezas. A feição atribuída a ela depende da forma que se dá a relação entre o homem e as coisas. A propriedade remete a uma relação de poder do sujeito sobre a coisa e tende à dominação dos excluídos do fenômeno da apropriação de riquezas pelo proprietário. A situação jurídica proprietária confere ao particular um poder de domínio sobre a realidade externa capaz de desencadear profundas transformações, haja vista sua centralidade.²

Conhecer o percurso histórico da propriedade significa reavivar as várias concepções recebidas em cada momento político, cultural, econômico e social. Antes de adentrar no mundo jurídico, ela reflete a realidade social e denuncia as percepções de cada período.

A propriedade merece tutela jurídica. Entretanto, antes de fenômeno jurídico, é realidade social a merecer proteção. Conforme o modelo político adotado pelo Estado, será uma ou outra a disciplina legal da propriedade. A propriedade em países de regime socialista é diversa da propriedade em regimes capitalistas.³

O resumo de como se deu a apropriação de bens pelo homem nas mais diversas épocas é indicativo crucial para se concluir como se organizava e a maneira que se configura hodiernamente a sociedade. Sempre os holofotes tiveram voltados para a propriedade e não há motivos para ela deixar de importar.

¹ Segundo Cristiane Derani, a palavra propriedade pode assumir duas acepções distintas. Uma designando a relação de poder entre sujeito e objeto, adotada neste estudo, e outra tratando propriedade como sinônimo de bem, objeto que integra a relação de propriedade. (DERANI, Cristiane. *A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo de sua função social*. In: Revista Trimestral de Direito Público 34/2001. Malheiros, p. 51)

² PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das Coisas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 72. O mesmo autor é adepto da teoria da situação jurídica subjetiva de Santoro Passarelli e Pietro Perlingieri, a qual se define pela imputação de um complexo de posições jurídicas ativas e passivas, simultaneamente, a um sujeito de direito.

³ Idem, ibidem.

A noção de propriedade nunca foi única. O seu espectro sempre será alvo certo de profundas transformações, pois a mudança de mentalidade de uma sociedade ao longo do tempo, a postura adquirida pelo Estado frente a novas exigências sociais de cada período histórico ferem-na em seu âmago.⁴ Em outras palavras, o grau de complexidade do instituto da propriedade deriva do grau de complexidade das relações sociais e econômicas.⁵

A análise da propriedade inicia-se com o Direito Romano, no qual são calcadas as raízes de sua concepção. Na Antiguidade, a propriedade era tida como absoluta e marcada pelo cunho individualista.

Contudo, durante a Idade Média, o feudalismo tratou de fragmentar a propriedade, criando uma rede de proprietários. Enquanto a nobreza possuía o domínio eminente, os servos detinham o domínio útil da terra. Esse desmembramento é a comprovação da visão proprietária que parte da coisa e não do sujeito.⁶ A consequência é que mais de uma pessoa – o suserano e o vassalo – tinham concomitantemente direitos, de natureza diversa, sobre a mesma coisa.^{7 8}

Nesse trilha histórico, o surgimento do comércio e conseqüentemente das cidades deram à propriedade nova roupagem, posto que com a crise do feudalismo passou a ser objeto de mercancia, desvirtuando de sua destinação agrária até então vigente. Dessa monta, diversamente daquilo que ocorria na Alta Idade Média, o comprador passa a ter o *usus* e o *dominium* sobre a terra, que deixa de ser para a agricultura e subsistência e passa a ser direcionada à produção mercantil, construção e especulação.

⁴ Segundo Gustavo Tepedino, os diversos contextos político-ideológicos, nos quais as categorias jurídicas - em especial a propriedade privada - se inserem, contribuem para historicidade e relatividade dos conceitos. (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 288-289).

⁵ LEAL, Rogério Gesta. *Direito Urbanístico: Condições e possibilidades da constituição do espaço urbano*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 31.

⁶ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas. Uma análise do ensino do direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 88.

⁷ COSTALDELLO, Angela Cássia. A propriedade Privada, o Urbanismo e as Parceiras Público-Privadas: Transformações e Perspectivas. In: Edgar Guimarães (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2000, p. 87.

⁸ Na mesma direção, Fernanda Lousada Cardoso disserta que a contexto político próprio da época cindiu a propriedade em razão da necessidade de segurança de diversas áreas, decorrendo essa da instabilidade e violência promovidas pelas invasões bárbaras. (CARDOSO, Fernanda Lousada. *A propriedade privada urbana obriga? Análise do discurso doutrinário e da aplicação jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 15)

Com a ascensão da burguesia e a Revolução Francesa de 1789, retornou-se ao enfoque individualista dado à propriedade pelo período romano⁹. O artigo 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão tratou de petrificar o pensamento dominante à época ao considerar a propriedade um direito natural e inviolável.

No entanto, o advento da Primeira Guerra Mundial e da Quebra da Bolsa de Valores de Nova York, em 1929, pôs em cheque a propriedade individual e demonstrou a insuficiência do liberalismo e individualismo exacerbados para o funcionamento do próprio sistema econômico capitalista da Idade Moderna. Portanto, esses eventos começaram a mudar gradualmente o projeto social imperante desde as codificações oitocentistas de inspiração liberal e iluminista, o qual provocava fortes distorções sociais ao tratar de modo igual pessoas com oportunidades diferentes.¹⁰

O marxismo¹¹ e a doutrina social da Igreja Católica¹² contribuíram como influências filosóficas e sociológicas para mudar o rumo conferido à propriedade privada. O Estado passou a interferir na propriedade, sem aboli-la, mas a conformando para o respeito dos interesses não-proprietários e para efetivação dos direitos sociais.¹³

Nesse sentido, procurou-se combater o proveito exclusivo da propriedade, ao bel-prazer do proprietário e desvinculado de qualquer preocupação social. A verdade é que a propriedade individual não conserva o mesmo conteúdo de suas origens históricas, sendo inegável que o poder sobre a coisa e seus correlatos atributos - *ius utendi, fruendi e abutendi* – suportam limitações e restrições, indispensáveis para

⁹ Entretanto, Eroulths Cortiano Jr., alinhado ao entendimento de Paolo Grossi, diz não ser o melhor entendimento o da equiparação da propriedade moderna com a propriedade romana, pois, além do Direito Romano não se restringir a uma só época e conter diversidade de institutos (por exemplo, a propriedade quiritária), a noção de direito subjetivo presente na modernidade não era encontrada em Roma. (CORTIANO JR., op. cit., p. 101-102)

¹⁰ KATAOKA, Eduardo Takemi. Declínio do Individualismo e Propriedade. In: Gustavo Tepedino (Coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000, p. 458-459.

¹¹ Repercutiu nas formulações clássicas, sobretudo em dois pontos: na inoperância do igualitarismo meramente formal e na condição platônica dada a certos direitos, ineficazes por desacompanhados das condições matérias necessárias. (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 178)

¹² Verificou-se, a partir de sua leitura, o estabelecimento de uma hipoteca social sobre a propriedade privada, compreendida essa como a admissão do uso da coisa também em prol da comunidade, e não só em benefício do proprietário. (CARDOSO, op. cit., p. 20).

¹³ De acordo com Gustavo Tepedino, a propriedade, então, não seria mais aquela com caráter predominantemente negativo, ou seja, aquela cujo proprietário até um certo limite teria espaço livre para exercer sua senhoria sobre o bem conforme quisesse. Ao oposto, o conteúdo da propriedade dependerá de centros de interesses não proprietários (TEPEDINO, op. cit., p. 280).

coibir abusos e para impedir que o exercício do direito de propriedade se transforme em instrumento de dominação.

1.2. DO INDIVIDUALISMO À FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

No Período Liberal, o arcabouço do direito de propriedade indicava o modo comportamental do Estado. Por ser este direito garantia da liberdade individual¹⁴, o Estado não podia nele interferir, senão para adotar medidas para garanti-lo nas mãos do particular. A propriedade privada, como esfera de realização da liberdade humana, estava imune aos poderes do Estado e, ao mesmo tempo, protegida por tais direitos¹⁵. O conteúdo do direito de propriedade era regulado pelo próprio titular, uma vez que o indivíduo era isolado de seus pares e reduzido a satisfazer suas próprias necessidades sem qualquer intromissão alheia.

A revolução burguesa de 1789 apresentou-se como cenário econômico-social propício para a elaboração do Código Civil de Napoleão Bonaparte¹⁶, em 1804, que reservou grande parte das suas normas para o direito de propriedade. Constata-se, desta forma, que a principal preocupação dos códigos oitocentistas estava na proteção do direito de propriedade como direito sagrado, absoluto e usufruído exclusivamente por seu titular, como se nota na seguinte passagem:

Assim, quem pode ter é sujeito de direito, mas somente será sujeito na medida em que tenha. É a propriedade que qualifica o sujeito. Os não-proprietários (apesar de poderem, aos olhos do direito, sê-lo) são como ausentes da ordem jurídica, verdadeiros fantasmas à luz do dia.¹⁷

Entretanto, no mundo jurídico, foram as Constituições Mexicana, de 1917, e a de Weimar, de 1919, que lançaram novo pensamento sobre o direito de propriedade, haja vista o estopim de profundas transformações fáticas e de ideais filosófico-sociológicos ocorridos à época da elaboração destas Cartas Magnas.

¹⁴ “Essa autonomia significa liberdade de agir, e a liberdade confunde-se então com a propriedade. Ser proprietário significa ser livre.” (CORTIANO JR., op. cit., p. 91).

¹⁵ Idem, p. 103.

¹⁶ O *Code* não teve caráter revolucionário, mas pretendeu defender a nova ordem constituída, ou seja, dar segurança jurídica para a burguesia ascendente. (Idem, p. 96).

¹⁷ Idem, p. 121.

O texto de Weimar, em seu artigo 153, revelava que a propriedade obriga, ou seja, corporificava o princípio da função social da propriedade como aquele que atribui ao titular do direito de propriedade não apenas direitos, mas também deveres.¹⁸ Nesse passo, consagrou o escólio abalizado por Konrad Hesse sobre a força normativa da Constituição, a qual pode arrefecer-se quando se assenta em uma estrutura unilateral segregada da constante mudança político-social que exige ponderação entre direitos fundamentais e deveres correlatos.¹⁹

A abstração do conceito de propriedade, que proporcionou a fuga do real e permitiu a permanência no tempo e a resistência a rupturas do modelo proprietário peculiar do Estado de Direito Liberal^{20 21}, foi superada pela exigência de regular concretamente os interesses em jogo, em conformidade com o princípio da função social da propriedade.^{22 23}

Enquanto que nas Constituições estritamente liberais a proteção da propriedade vinculava-se à garantia da segurança e da liberdade, nas Constituições de cunho social a conexão se dá com os valores da dignidade da pessoa humana e do solidarismo. Essa mudança de paradigma pode ser resumida pela substituição da máxima liberal “posso fazer o que quiser, desde que não prejudique terceiros” por aquela considerada remodeladora da autonomia privada, incorporada na seguinte transcrição: “devo fazer tudo para colaborar com a sociedade, desde que não me prejudique”.²⁴

¹⁸ Fachin também expõe que o marco originário da doutrina da função social da propriedade se deu na Constituição de Weimar, a qual continha o princípio da “propriedade obriga” que repercutiu positivamente nas demais legislações da época, assim como influenciou fortemente as constituições atuais (FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e propriedade contemporânea (uma perspectiva da Usucapião Imobiliária Rural)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 17).

¹⁹ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Gilmar Ferreira Mendes (trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor: 1991, p. 21.

²⁰ CORTIANO JR., op. cit., p. 112.

²¹ Neste passo, o sistema jurídico liberal exagera na razão e ofusca a importância da experiência. Por muito tempo, a prisão do jurista ao positivismo Kelseniano e ao texto legal divorciado da realidade afastou a preocupação com a realização da justiça (RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras*. In: Luiz Edson Fachin (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 12).

²² Para verificação da função social da propriedade, releva-se a posição assumida concretamente pelo sujeito, pois portador real dos interesses em jogo. Na situação jurídica proprietária funcionalizada importa o direito dos outros que não proprietários. (CORTIANO JR., op. cit., p. 152).

²³ No entender de Cristiane Derani, a palavra *função* não pode se restringir à finalidade, uma vez que é na dinâmica da escolha dos meios, da sua disposição e do resultado obtido que é preenchido o princípio da função social da propriedade. (DERANI, op. cit., p. 53)

²⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 206.

Em nossa Carta Constitucional de 1988, pode-se extrair o princípio da solidariedade de seu artigo 3º, que acaba com uma visão egoística e enobrece o “comunitarismo liberal”. Vê-se no bem-estar do homem o alcance de toda hermenêutica constitucional.

Pode-se, pois, afirmar, na esteira de tais considerações, que provavelmente aquilo que na ordem liberal do Código Civil foi designado com a fórmula “contra-direito”, para expressar as situações dirigidas à realização da pessoa humana nos conflitos com o direito subjetivo, então símbolo do poder absoluto do proprietário, hoje, ao reverso, é de se considerar como situação jurídica constitucionalmente protegida (e neste sentido verdadeira e própria “situação de vantagem”), entre os novos direitos da sociedade contemporânea. Representam, em uma palavra, não só a reedição da exaltação do individualismo possessivo e da autonomia privada, mas um instrumento de promoção dos princípios do ordenamento. Eis porque assume a expressão contradireito, para alguns autores, significado completamente diverso, identificada com os “direitos dos sujeitos menos favorecidos ou de toda a coletividade”, ou seja, com os direitos dos não-proprietários.²⁵ (grifo nosso)

A função social da propriedade, princípio da ordem econômica e ao mesmo tempo direito e garantia individual, confere prestígio aos interesses extraproprietários, aos objetivos e fundamentos constitucionais inseridos nos artigos 1º e 3º, da Constituição Federal, à isonomia substancial e à justiça distributiva e não meramente retributiva. Significa dizer que a função social da propriedade está completamente vinculada com os temas da cidadania, da dignidade da pessoa humana, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, do desenvolvimento nacional, da erradicação da pobreza e da marginalização, da redução das desigualdades sociais e regionais, etc.

Há posicionamentos mais radicais que reconhecem no direito de propriedade não mais um direito subjetivo. León Duguit assevera que o direito de propriedade é função social. O jurista francês nega que o homem titulariza quaisquer direitos subjetivos, acreditando que todo homem tem uma função social, a qual deve ser desempenhada em sua plenitude.²⁶

Em que pese a relevância dos ensinamentos de León Duguit para termos nas constituições contemporâneas a função social da propriedade como princípio basilar,

²⁵ TEPEDINO, op. cit., p. 290-291.

²⁶ DUGUIT, León. *Las Transformaciones Generales Del Derecho Privado, desde El Código de Napoleón*, 2. ed., trad. de Carlos G. Posada. Livrería Espanola y Estranjera, 1920, p. 37 *apud* BEZNOS, Clóvis. Desapropriação em nome da Política Urbana. In: Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz (Coord.). *Estatuto da Cidade - Comentários à Lei Federal 10.257/2001*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, p. 121.

Luciano Penteado os critica, pois determinada visão desencadeia um funcionalismo exacerbado que nega a estrutura individual da propriedade, deixando de preservar a titulação privada da mesma para apenas voltá-la aos interesses coletivos.²⁷

Dizer que existe a função social da propriedade significa dizer que o direito real deve ser exercido no interesse individual, sim, mas que este deve coincidir, ou ao menos se direcionar, apresentar alguma relação com o interesse social, em uma relação de concorrência conjuntiva, de coincidência, de equilíbrio sistêmico, sob pena de haver perturbações na função.²⁸

Frise-se que a reformulação do conceito de propriedade privada individual se volta mais para um escopo humanista, em que os interesses da comunidade não estão mais subordinados à satisfação dos interesses pessoais, valorizando a liberdade e a dignidade de cada indivíduo aliadas à solidariedade. Não nos é mais permitido fingir que o outro não existe; não mais se admite sermos cegos e surdos diante daqueles que nos rodeiam.

Ao titular do direito de propriedade não basta o título aquisitivo para estar legitimado a utilizar o bem como lhe aprouver. Os poderes integrantes do direito de propriedade devem sensibilizar-se aos interesses sociais embutidos nessa situação jurídica. Clóvis Beznos, a partir da doutrina de Agustín Gordillo, conclui que nosso ordenamento jurídico nega serem o direito de propriedade e a função social da propriedade noções contraditórias entre si.²⁹

À luz de nosso ordenamento jurídico, não há incompatibilidade entre o direito de propriedade e a função social da propriedade, desde que compreendidos o direito subjetivo em um momento estático, que legitima o proprietário a manter o que lhe pertence, imune a pretensões alheias, e a função em um momento dinâmico, que impõe ao proprietário o dever de destinar o objeto de seu direito aos fins sociais determinados pelo ordenamento jurídico.³⁰

A funcionalização do direito de propriedade tem por fim demonstrar não haver oposição entre o social e o individual. Seu escopo está na maximização do atingimento dos interesses sociais pelo exercício normal dos direitos individuais.^{31 32}

²⁷ PENTEADO, op. cit., p. 186-187.

²⁸ Idem, p. 173.

²⁹ GORDILLO, Agustín. *Introducción al Derecho de la Planificación*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1981, p. 28 *apud* BEZNOS, op. cit., p. 123.

³⁰ BEZNOS, op. cit., p. 122.

³¹ Engana-se quem acredita que a tendência de funcionalização só alcança o direito de propriedade; ela está implícita no exercício de outros direitos individuais. (BASTOS, op. cit., p. 217).

³² André Fontes, ao escrever sobre as limitações constitucionais ao direito de propriedade, diz que no Brasil vige a teoria da Utilidade Social Mitigada, a qual permite afirmar que a propriedade deixa de ser

A função social da propriedade não pode ser vista apenas como limitação externa ao direito de propriedade. A mesma conduz ao um novo conceito de propriedade, ou seja, não há propriedade sem função social. Só merece tutela jurídica aquele proprietário que utiliza o bem em adequação ao interesse social. Portanto, a função social converte-se em um quinto elemento da propriedade, dinâmico e decisivo no papel de controlar as demais faculdades estruturais estáticas (usar, gozar, dispor e reivindicar).³³

Segundo Pietro Perlingieri, em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e no pleno desenvolvimento da pessoa humana, o conteúdo da função social da propriedade privada não fica circunscrito a um conjunto de limites aos poderes proprietários. Ele assume papel de tipo promocional, no sentido de promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento jurídico, e é a razão de ser do próprio direito de propriedade.³⁴

A função social atinge a própria substância do direito proprietário e não se confunde com as limitações externas ao direito. Impõe ao proprietário o dever de exercer seu direito em benefício de outrem e não apenas não o exercer para não causar prejuízo a outrem. É fonte de imposição de comportamentos positivos e não meramente de não fazer, como exige a concreção do poder de polícia.³⁵

Alguns juristas, dentre eles Luciano Penteado, acredita que o princípio da função social da propriedade contém dois aspectos: o negativo e o impulsivo. Ao passo que o mecanismo negativo modela o direito de propriedade no que é abusivo ou não o seu exercício, limitando-o, a faceta impulsiva orienta o direito real a um incremento, isto é, dá a ele uma feição positiva.^{36 37}

Nesse diapasão, necessário relembrar Norberto Bobbio em sua clássica obra *“Dalla struttura alla funzuione, nuovi studi di teoria del diritto”*. O italiano deu relevante contribuição ao confrontar o estruturalismo jurídico, caracterizado pelo

apenas configurável como um direito para evoluir para uma verdadeira função. (FONTES, André. Limitações constitucionais ao direito de propriedade. In: Gustavo Tepedino (Coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 449)

³³ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 207.

³⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 226.

³⁵ CORTIANO JR., op. cit., p. 144.

³⁶ PENTEADO, op. cit., p. 179.

³⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que a função social não só proíbe o uso antissocial da propriedade, mas impõe comportamentos ativos que se alinhem na direção do proveito social. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Novos aspectos da função social da propriedade*. In: Revista de Direito Público 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 45)

formalismo e que atribuía ao direito apenas a finalidade de ordem e de aplicação de sanções negativas (repressivas), e o funcionalismo jurídico.³⁸

A funcionalização vai muito além do direito de propriedade; alcança todo o direito, que se torna promocional, isto é, busca incentivar o cumprimento de comportamento socialmente desejável. O direito adquire conotação não só de instrumento protetor e repressivo.^{39 40}

Não se pode desprezar o caráter funcional do direito, pois esse subsistema não é independente dos outros vários subsistemas. O direito não é fechado e se articula com os subsistemas sociais.

Diante disso, o direito tem o condão de não apenas rechaçar as condutas ilícitas, mas estimular e instrumentalizar os comportamentos lícitos mediante o uso de sanções premiais (ética da função promocional do direito)⁴¹, como o é a garantia do direito de propriedade quando o proprietário cumpre a função social.

Não se vislumbra mais a separação estanque existente no tempo do *laissez-faire*, no qual vigia a regulação pelo mercado e importava apenas o aspecto econômico, entre sociedade e Estado, divisão essa que em nome da liberdade individual e da igualdade formal só aumentou a desigualdade material⁴². No Estado Social, que se ergueu sustentado na pressão social, há uma conexão entre comunidade e aparato estatal, posto à disposição do social para efetivar os direitos fundamentais do cidadão.

A atuação do Estado não se restringe apenas a dirigir o processo econômico, mas – e talvez principalmente – a conformar e estruturar a sociedade a partir das decisões políticas. (...) A definição de tais objetivos, por sua vez, vem da pressão exercida pela sociedade sobre o Estado.⁴³

A distinção entre sociedade e Estado deve ser evitada e não mais sobrevive, uma vez que, dialeticamente, aquela deve constituir este, assim como o Estado deve

³⁸ BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzuione: nuovi studi di teoria del diritto*. [s.l.]: Comunita, 1977, *passim*.

³⁹ CORTIANO JR., op. cit., p. 143.

⁴⁰ Ao passo que a estrutura do modelo jurídico é captada pela pergunta “como é?”, a função o é pela indagação “para que serve?”. Entre linhas, a gênese encontra-se na estrutura, mas a orientação e a teleologia do instituto são armazenadas pela sua função. (FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 198-199)

⁴¹ RIBEIRO, Paulo de Tarso. Direito e mudança social. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *A crise do direito numa sociedade em mudança*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1988, p. 82.

⁴² De acordo com Carmem Lucia, este paradigma de neutralidade estatal ignorou as desigualdades econômicas e aplicou o regime de igualdade de todos perante a lei, cuja consequência foi fazer com que a vontade dos fortes passasse a dominar e oprimir os fracos. (RAMOS, op. cit., p. 5).

⁴³ CORTIANO JR., op. cit., p. 139.

ser constituído e legitimado por aquela. A intervenção estatal nas relações privadas e o controle social do Poder Público por uma sociedade cada vez mais participativa apontam para a mesma conclusão.⁴⁴

1.3. CONSTITUCIONALISMO DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL

O intuito de preservar a apropriação privada contra os poderes do Estado era marcante no fim do século XVIII e início do século XIX. Em contrapartida, as constituições contemporâneas adquirem sentido maior e mais louvável: dar propulsão às políticas públicas sintonizadas aos valores da comunidade política.

Enquanto que os valores do liberalismo se escoravam na liberdade e no indivíduo, os do constitucionalismo de índole social se focam na sociedade e na igualdade.

Hoje, não cabe ao Estado apenas conduta omissiva para garantir os direitos individuais das pessoas. A sociedade clama comportamento proativo do Estado, agora incumbido da obrigação de agir e reagir frente aos problemas sociais. O Poder Público se afasta da posição passiva própria do liberalismo e assume responsabilidades no campo econômico e social, surgindo o Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho disserta que a democracia social ou providencialista é o ponto de intersecção entre a democracia liberal e a democracia marxista. Nesse diapasão, reconhece que a liberdade de todos só pode ser obtida pela ação do Estado, pois a liberdade fica adstrita ao mundo das aparências se ausente a intervenção estatal para garantir as condições mínimas de vida e de expansão da personalidade. Tudo isso porque a liberdade humana é condicionada pelo meio econômico-social.⁴⁵

Ontem, o Estado-inimigo ameaçava os valores dominantes (vida, liberdade e propriedade). Hoje, o Estado é aliado e protetor de novos valores, uma vez que chamado a intervir para retificar a ordem social, injusta e desigual. Segundo Paulo

⁴⁴ TEPEDINO, op. cit., p. 19.

⁴⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 103.

Bonavides, a promoção da igualdade material alicerçou a repercussão de uma nova hermenêutica jurídica, baseada no enfraquecimento do abstrato e na valorização do concreto.

A igualdade não revogou a liberdade, mas a liberdade sem a igualdade é valor vulnerável. Em última análise, o que aconteceu foi a passagem da liberdade jurídica para a liberdade real, do mesmo modo que da igualdade abstrata se intenta passar para a igualdade fática.^{46 47}

À Administração Pública imperioso é o dever de planejamento, a prevenção e a correção de distúrbios sociais, posto que todos merecem igual tratamento, vida digna e de qualidade. Por este aspecto é que se dá a denominação Providência ao Estado hodierno.

O Estado não pode virar as costas para a sociedade. Esta é vítima de desordens diversas, das quais não consegue se desatrelar sem as forças do Estado. Sociedade e Poder Público se interpenetram. Nessa esteira, assevera Ana Cláudia Finger que

enquanto no liberalismo se defendia a não intervenção do Estado como forma de proteção do cidadão, no Estado Social passou-se a exigir essa intervenção como instrumento de realização da felicidade individual. Diante disso, há um inevitável crescimento das estruturas administrativas e também a interpenetração entre o Estado e a Sociedade. (...) Assim, ao contrário do que se passava no Estado Liberal, deixa de ser possível conceber o Estado e a Sociedade como autônomos entre si e dotados de ordenamentos jurídicos diferentes e antagônicos.⁴⁸

O fenômeno da constitucionalização que acomete o Direito de maneira geral colabora para refutarmos qualquer concordância a respeito de que sociedade e Estado compreendem esferas apartadas. A Constituição ganha o espaço antes ocupado pelo Código Civil e se torna o eixo axiológico de todo sistema de normas.⁴⁹

⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 378.

⁴⁷ Segundo Daniel Sarmento, a igualdade na Constituição brasileira não pode ser vista como um limite, mas, antes, uma meta a ser perseguida pelo Estado, motivadora de políticas públicas de cunho redistributivo. (SARMENTO, Daniel. *Supremacia do Interesse Público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade*. In: Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 113)

⁴⁸ FINGER, Ana Cláudia. O público e o privado na Administração Pública. In: Edgar Guimarães (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 71.

⁴⁹ Nessa extensão, J. J. Gomes Canotilho elenca as funções clássicas da Constituição: a) consenso fundamental de uma comunidade a princípios e valores que servem de padrões de conduta política e jurídica nessa comunidade; b) legitimidade a uma ordem política (conformidade substancial com a idéia de direito e não com uma folha de papel resultante das relações de poder ou da pressão de forças sociais) e legitimação aos respectivos titulares do poder político; c) garantia e proteção; d)

Ao discorrer sobre a teoria contemporânea dos princípios, Paulo Bonavides leciona que, com o advento de um novo Estado de Direito, o tratamento jusprivatista dos Códigos transforma-se no tratamento juspublicista das Constituições. O caráter e o lugar da normatividade dos princípios se deslocam para a Constituição, que em nossos dias se converte em fundamento de todo o ordenamento jurídico.⁵⁰

O Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de Constituição do direito privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas de direito privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional.⁵¹

A Constituição do Estado Social se caracteriza pelo conflito, pelo conteúdo dinâmico, pelo pluralismo e pela tensão entre igualdade e liberdade, ao contrário da Constituição do Estado Liberal, formal, de repouso e do divórcio entre Estado e sociedade.⁵² Essa se estruturava na relação indivíduo-Estado, aquela se organiza no entrelaçamento entre indivíduo, poder estatal e sociedade, novo componente de um constitucionalismo mais coletivista, no qual o poder público é convocado para defender os valores essenciais e para reprimir os abusos propiciados pela concentração do poder econômico.

As Constituições liberais eram indiferentes ao conteúdo das relações sociais. Tinham somente a pretensão de estabelecer a estrutura básica do Estado, detalhando seus poderes e competências, garantindo os chamados direitos de liberdade – direitos civis e políticos dos cidadãos.⁵³

Atualmente, com a constitucionalização do Direito, mister se faz a atuação estatal no domínio econômico-social no sentido de dirigir políticas públicas capazes de assegurar e potencializar os compromissos assumidos pela Lei Maior. A partir dessa nova tendência e do novo papel constitucional, o valor da segurança jurídica,

ordem e ordenação; e) organização do poder político. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 1376-1379)

⁵⁰ BONAVIDES, op. cit., p. 289.

⁵¹ TEPEDINO, op. cit., p. 7.

⁵² BONAVIDES, op. cit., p. 381.

⁵³ Seguindo Bonavides, o constitucionalista lança mão da terminologia Sociedade de indivíduos para se referir à preocupação primordial das Constituições liberais. Por sua vez, utiliza Sociedade de grupos para mencionar o foco das Constituições sociais. (Idem, p. 229).

caro às codificações liberais, deve transigir com o valor da esperança, ligado à transformação do existente.⁵⁴

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 incorporou à ordem jurídica, haja vista seu caráter unificador do ordenamento e sua supremacia hierárquica, os mais importantes valores humanitários – dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, solidariedade -, aos quais não se pode negar força normativa⁵⁵. Assim, percebe-se a reaproximação do direito e da moral.

A isenção do Estado, considerado realidade instrumental quanto à satisfação dos direitos fundamentais e realização dos valores constitucionais, o torna deslegitimado politicamente e desconstitucionalizado juridicamente.⁵⁶

Dito isso, o próximo assunto debruçará sobre a interação entre o interesse público e interesse privado, lançando mão do atual modelo de Estado e do estágio de constitucionalização do Direito. O novo papel assumido pela Constituição Federal de 1988 contribui para uma nova relação entre o público e o privado e assiste para uma inovadora concepção de interesse público.

⁵⁴ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 30.

⁵⁵ Segundo Hesse, só a partir do momento em que ocorre a transposição da vontade de poder para a vontade normativa, de Constituição, ou seja, convicção geral em sua inviolabilidade, se pode falar em força ativa da Constituição, o que se pretende para efetivar seus preceitos. (HESSE, op. cit., p. 19).

⁵⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. In: José Adércio Leite Sampaio (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 388 *apud* BINENBOJM, Gustavo. Direitos fundamentais e democracia como fundamentos estruturantes do Estado Democrático de Direito. O neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito Administrativo. In: *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 72.

2. INTERESSE PÚBLICO E INTERESSE PRIVADO

2.1. FIM DA DICOTOMIA DIREITO PÚBLICO-PRIVADO

Afirmar que o Direito Privado está hoje dissociado do Direito Público significa rechaçar tudo aquilo que foi dito até agora. Não temos mais essa separação, usada senão para fins meramente didáticos.

A distinção entre Direito Público e Direito Privado cresceu com a Revolução Francesa, momento histórico em que Estado e sociedade não se incomodavam entre si⁵⁷. Essa dicotomia começou a perder força à medida que o Estado foi se afastando da sua posição passiva, própria do liberalismo, e assumindo inúmeras funções no campo social e econômico.

Nos últimos tempos, tem-se assistido a uma espécie de apropriação privada do público, sendo exemplos as privatizações, ao mesmo tempo em que se vê uma publicização dos espaços privados, por exemplo, a influência dos princípios inspiradores do Estado Social de Direito na contratação moderna imprimindo função social ao contrato e à propriedade. É exatamente aí que se evidencia não uma distinção rígida e estanque entre os dois domínios, mas uma imbricação entre o público e o privado.^{58 59}

Hoje se admite que seria um absurdo a sociedade civil pretender obter a proteção do Estado, sem querer conviver com os parâmetros estabelecidos pelo mesmo em razão do interesse público⁶⁰. Nesta perspectiva, notória a harmonia entre o público e o privado.

O novo papel assumido pelas Constituições tem contribuído muito para a crise dessa dicotomia, pois todos os campos da ordem jurídica sofrem a submissão dos ditames e valores do documento magno.

⁵⁷ Para o individualismo, assemelhado à versão mais crua do darwinismo social, a sociedade é o lugar de competição e não de cooperação, pois a competição faz com que evoluam os mais aptos. (SARMENTO, op. cit., p. 109)

⁵⁸ FINGER, op. cit., p. 74.

⁵⁹ Contrariamente a este modo de pensar, Barroso entende que o fenômeno em questão não é nem de publicização do Direito Privado, nem de privatização do Direito Público, mas de constitucionalização de ambos. (BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto (coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 50-51)

⁶⁰ RAMOS, op. cit., p. 8.

Isso acontece, por exemplo, com a releitura do Direito Civil à luz da Constituição, mecanismo propiciador da constitucionalização do Direito por meio da “interpretação conforme a Constituição”,⁶¹ no qual se verifica a compatibilidade do enunciado normativo com os ditames da Carta Magna. Essa nova perspectiva tem o objetivo de privilegiar os valores existenciais e não simplesmente patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade e a justiça social.

Nessa linha de raciocínio, a crítica à constitucionalização do Direito Civil com base em suposto prejuízo à autonomia das disciplinas é exemplo de *fetichização* de uma racionalidade sistêmica fechada, que encara o Direito como um fim em si mesmo, e não como instrumento para o atendimento das demandas impostas para a concretização da dignidade da pessoa.⁶²

A constitucionalização do Direito não tem como principal característica a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios; todavia, pela reinterpretação dos institutos de direito infraconstitucional sob a ótica constitucional.^{63 64}

Para Gustavo Tepedino, se ainda há alguém que aposta na separação Direito Público e Privado, essa tem que ser considerada meramente quantitativa e não qualitativa. O Dirigismo estatal e controle social exercido pela sociedade cada vez

⁶¹ A interpretação conforme a Constituição é diferente da interpretação tradicional, pois enquanto esta define o conteúdo da lei a partir dela própria, naquela o procedimento hermenêutico é escalonado hierarquicamente, segundo a visão kelseniana de estrutura gradualista e piramidal da ordem jurídica. A lei não deve ser declarada nula, sempre que puder ser interpretada de maneira congruente com a Constituição. (FACCHINI NETO, op. cit., p. 37)

⁶² FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 99.

⁶³ BARROSO, op. cit., p. 43. Para o mesmo autor, qualquer aplicação do direito ao caso concreto envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição. Diretamente, quando uma pretensão se funda em norma própria do texto constitucional. Indiretamente, quando se funda em norma infraconstitucional, tendo o intérprete o dever de verificar se ela é compatível com a Constituição para depois orientar o seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais.

⁶⁴ Ainda, há quem faça a distinção entre constitucionalização do Direito Privado, considerado o fenômeno de inflexão das normas do Direito Constitucional sobre as normas de Direito Privado, e o termo Direito Privado/Civil constitucionalizado, fenômeno no qual as matérias historicamente envolvidas pela codificação civil passam ao *status* de normas constitucionais, não havendo inflexão. (REIS, Jorge Renato dos; FISCHER, Eduardo; MÖLLER, Max. Direito privado e suas interações fenomenológicas com o direito público. In: Jorge Renato dos Reis e Clovis Gorczewski (Org.). *A concretização dos direitos fundamentais: constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Norton Editor, 2007, p. 173).

mais participativa da Administração Pública são comprovantes do fim dessa divisão.⁶⁵

As relações ditas privadas não se diferenciam das públicas por serem estas voltadas obrigatoriamente ao interesse público. Àquelas também cabe a orientação teleológica de finalidade social.

Algumas teorias sobre a dicotomia Direito Público e Privado ainda subsistem, apesar do enfraquecimento de seus efeitos ao longo do tempo.

A teoria da sujeição falha ao não perceber que, no Direito Privado, há, também, persistentes relações de subordinação, tais como, entre outras, o pátrio poder. De sua vez, a teoria do interesse sucumbe quando perde de vista a circunstância de que todo o Direito, inclusive o Privado, serve à ordem social, [como se nota no direito de propriedade].⁶⁶

Pietro Perlingieri crava o fim do antagonismo entre interesse público e interesse privado, argumentando que aquele não é “superestrutura burocrática e superindividual”, mas “síntese equilibrada dos valores das pessoas consociadas na unidade de seus direitos, como titulares de um igual *status personae*”.⁶⁷

Sendo assim, inarredável conciliar os dois interesses, pois o privado não pode servir de obstáculo para a consecução do público. O exercício do direito privado deve ampliar a garantia do interesse público. E quando houver sacrifício do particular, esse deve ensejar, pelo menos, correspondente benefício a ser experimentado pela coletividade.

2.2. INTERESSE PÚBLICO: SUPREMACIA OU PONDERAÇÃO EM RELAÇÃO AO INTERESSE PRIVADO

Juristas brasileiros renomados continuam a concordar com a divisão entre Direito Público e Direito Privado, pois ainda persistem em considerar a supremacia do interesse público sobre o interesse privado como norma-princípio do ordenamento jurídico pátrio.

⁶⁵ TEPEDINO, op. cit., p. 19.

⁶⁶ FREITAS, Juarez. Repensando a natureza da relação jurídico-administrativa e os limites principiológicos à anulação dos atos administrativos. In: *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 14.

⁶⁷ PERLINGIERI, op. cit., p. 285.

Celso Antônio Bandeira de Mello é o expoente dessa posição doutrinária. Para o autor, o regime jurídico-administrativo tem como pilares de sustentação os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.⁶⁸

Contudo, o entendimento defendido neste trabalho é diametralmente oposto àquele esposado pela maioria dos doutrinadores administrativistas. Por ser a Carta da República de 1988 aberta, pluralista e compromissória, não se admite a assunção de uma posição de superioridade inicial do interesse coletivo frente ao interesse privado e vice-versa. Tanto interesses coletivos quanto interesses individuais são consagrados pelo texto constitucional e merecem igual atenção do operador do Direito.

Não se pode aceitar acomodadamente teorias, como a organicista e a utilitarista, que expandem a prevalência *a priori* dos interesses coletivos sobre os individuais. O pensamento organicista, utilizado por regimes políticos totalitários (nazi-facismo e comunismo), funda-se na idéia de um “organismo coletivo” detentor de interesses diversos e superiores aos dos indivíduos. Já no utilitarismo, o interesse público seria apenas a equação de bem-estar e felicidade de um maior número de pessoas.⁶⁹

Marçal Justen Filho destoa de qualquer pretensão de supremacia do interesse público. Segundo ele, a atuação estatal deve sempre se pautar pela realização dos direitos fundamentais, definidos a partir do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.⁷⁰ Os direitos fundamentais que são supremos e indisponíveis.

Cogitar prevalência de interesses significa pactuar com a dissociabilidade entre interesses públicos e interesses particulares. No entanto, não se pode harmonizar com essa opinião, uma vez que o entendimento mais atual se coaduna com o dever de considerar reciprocamente os diversos interesses em jogo. Para Daniel Sarmento, recusar a possibilidade de conciliação entre direitos fundamentais e interesses coletivos consiste em ignorar a premissa do personalismo adotada pelas Constituições sociais, haja vista que o personalismo concebe o indivíduo como

⁶⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, *passim*.

⁶⁹ BINENBOJM, Gustavo. Do princípio da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade. In: *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 84.

⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 3.

ser social.⁷¹ Há que se admitir sem reservas que nós, seres humanos, somos seres sociais; vivemos nosso cotidiano em contínua imbricação com o ser de outros.⁷²

O interesse público é uma expressão ampla que pode ensejar a satisfação tanto de um interesse geral quanto de um interesse privado, quando postos em conflito, conforme lição de Gustavo Binenbojm:

Ato contínuo, partindo da premissa de que interesses privados e coletivos coexistem como objeto de tutela constitucional, conclui-se que a expressão interesse público consiste em uma referência de natureza genérica, a qual abarca a ambos, interesses privados e coletivos, enquanto juridicamente qualificados como metas ou diretrizes da Administração Pública. Por conseguinte, o interesse público pode, num caso específico, residir na implementação de um interesse coletivo, mas também na de um interesse eminentemente individual.⁷³

Persistindo com a tentativa de se formular um conceito razoável de interesse público⁷⁴, há que se livrar de concepções como aquela que define o interesse público a partir da identidade de seu titular. Entretanto, “o interesse é público não por ser de titularidade do Estado, mas é atribuído ao Estado por ser público”.⁷⁵

Outra acepção sobre interesse público a ser desfeita corresponde àquela que o identifica com o interesse da Administração Pública, denominado por Renato Alessi de “interesse público secundário”.⁷⁶ O Estado não pode como ente personalizado prestigiar seus próprios interesses (isto é, do erário), posto que é instrumento para a realização dos direitos fundamentais, como ensina Marçal Justen Filho.

Pondo-se de acordo que o Estado Democrático de Direito reconhece interesses particulares dos indivíduos, assim como interesses gerais da coletividade, mister conceituar interesse público não como um pressuposto abstrato e apriorístico, mas como consequência de uma ponderação feita entre os interesses em jogo.⁷⁷

⁷¹ SARMENTO, op. cit., p. 123.

⁷² MATURANA, Humberto. *Biologia do fenômeno social: a ontologia da realidade*. Miriam Graciano (Trad.). Belo Horizonte: UFMG, 2002, p. 195 (texto encontrado na prova de concurso público para provimento do cargo de analista processual do MPU, realizada pela CESPE em 2010).

⁷³ BINENBOJM, Do princípio da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade, op. cit., p. 104.

⁷⁴ Necessário repelir a vagueza e a indeterminação da expressão, defeito que pode conferir arbitrariedade e voluntarismo dos governantes na atuação do Estado. Dita indeterminação priva os juízes de parâmetros objetivos de controle.

⁷⁵ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 60.

⁷⁶ ALESSI, Renato. *Diritto Amministrativo Italiano*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1960, p. 197 *apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, p. 66.

⁷⁷ O objeto da ponderação se situa onde estão os valores, interesses e direitos fundamentais, daí a diferença entre uma aplicação juspositivista do Direito e a aplicação valorativa, que introduz componentes axiológicos e teleológicos enriquecedores e filia-se à jurisprudência de valores.

Não há interesse público anterior à tomada de decisão da Administração Pública. Interesse público é o ponto de chegada de um longo processo de produção e aplicação do direito, e não um requisito da decisão⁷⁸.

O que se chamará de interesse público é o resultado final desse jogo de ponderações que, conforme as circunstâncias normativas e fáticas, ora apontará para a preponderância relativa do interesse geral, ora determinará a prevalência parcial de interesses individuais.⁷⁹

A ponderação é um método pelo qual não se despreza as circunstâncias fáticas, principal diferença para o princípio da supremacia do interesse público que pré-estabelece a melhor solução para o caso concreto. Ponderar consiste em não excluir antecipadamente do confronto qualquer que seja o interesse. Só a partir da análise das nuances fático-jurídicas é que se determinará a preferência de proteção de certo interesse ou bem jurídico em detrimento de outro em uma determinada situação especial, sem que isso signifique a impossibilidade de esse prevalecer frente àquele se as circunstâncias concretas e normativas mudarem.

A ponderação faz uso do princípio da proporcionalidade para se realizar. Tal princípio orienta a interpretação e aplicação de normas jurídicas no sentido de assegurar a subsistência de um bem jurídico, sem importar na rejeição total de outro. Portanto, é um postulado que afirma a coordenação entre interesses e é substancial para toda e qualquer hermenêutica jurídica satisfatória.

Princípio constitucional não escrito cuja observância não depende de explicitação em texto constitucional, porquanto transgredi-lo representa insurgência contra todo o sistema de valores fundamentais do Estado de Direito, o princípio da proporcionalidade vincula-se à contenção dos poderes do Estado e à tutela eficaz dos direitos fundamentais.

O princípio da proporcionalidade é composto por três subprincípios ou postulados parcelares. O primeiro deles é o da adequação ou idoneidade.⁸⁰ Essa premissa resume uma relação de pertinência entre os meios e os fins, ou seja, o meio escolhido deve ser apto a atingir o fim a que se destina. A idéia é a de que a

(MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 85)

⁷⁸ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 70.

⁷⁹ BINENBOJM, Do princípio da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade, op. cit., p. 86.

⁸⁰ Bonavides denomina esse conteúdo parcial de pertinência ou aptidão.

medida implementada pelo Poder Público tem de se evidenciar não apenas conforme os fins almejados, mas, também, apta a realizá-los.⁸¹

Marçal Justen Filho entende que o componente adequação denota um juízo de causalidade na ordem inversa, pois primeiro identifica-se o fim buscado para só depois selecionar as providências disponíveis, eliminando aquelas não aptas a produzi-lo.⁸²

Quanto ao subprincípio da necessidade, menor gravosidade ou mesmo da escolha do meio mais suave, é pacífico que, dentre as medidas adequadas, deve lançar-se mão daquela que produza o menor dano possível aos diferentes interesses envolvidos. Quando há várias alternativas, cabe ao Estado optar por aquela que provoque menor desvantagem possível ao cidadão.

O terceiro e último postulado que amolda a espinha dorsal do princípio da concordância prática⁸³ é o da proporcionalidade em sentido estrito. A intervenção do Poder Público deve trazer mais vantagens que sacrifícios, maiores benefícios do que prejuízos ocasionados pela restrição ao direito fundamental. Nada mais é que uma relação de custo e benefício da escolha feita.

Sem incorrer em cálculo utilitário ou em mera análise econômica do Direito, a proporcionalidade em sentido estrito indaga, ao final, pelo preço a pagar. Vale dizer, faz a conta do lucro e da perda, para apurar se os ônus para alcançar o fim não são desmesurados. (...) Força assinalar: os meios só são juridicamente adequados se se prestarem a realizar o fim almejado (adequação meio-fim), mas, ao mesmo tempo, devem ser necessários e justificáveis por inexistirem outros meios menos limitadores da eficácia dos direitos fundamentais. Precisamente por isso, reitera-se o dever de sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos.⁸⁴

Quem utiliza o princípio da proporcionalidade se depara com uma obrigação de fazer uso de meios adequados e com a interdição do uso de meios desproporcionais.⁸⁵

Nesta toada, Daniel Sarmento nos lembra ainda do “limite dos limites”, isto é, a obrigação de respeito ao núcleo essencial do direito fundamental. Para o autor, a tutela do núcleo essencial de tais direitos é motivo adicional para a rejeição do

⁸¹ FREITAS, op. cit., p. 410.

⁸² JUSTEN FILHO, op. cit., p. 76-77.

⁸³ Termo usado por Hesse e similar ao princípio da proporcionalidade. Outras expressões concorrentes à proporcionalidade são vedação de arbítrio, princípio da avaliação de interesses ou de bens jurídicos, princípio da justiça.

⁸⁴ FREITAS, op. cit., p. 410.

⁸⁵ BONAVIDES, op. cit., p. 398.

princípio da supremacia do interesse público como critério de resolução de conflitos.⁸⁶

Portanto, diante do exposto, não há que se falar mais em separação absoluta entre interesse coletivo e interesse privado, bem como em supremacia automática e *prima facie* do interesse da coletividade em relação ao interesse particular de cada indivíduo, até porque a Constituição Federal de 1988 reservou grande parte de sua sistemática para a proteção dos direitos e garantias individuais fundamentais. Os interesses particulares não podem ser reputados inferiores a um interesse público abstrato, pois a Constituição contempla, antes de tudo, um conjunto de garantias em favor do particular e contra o Estado.

Partindo de um conceito remodelado de interesse público, que abrange o respeito concomitante aos direitos individuais fundamentais e aos interesses sociais, sem haver exclusão *a priori* de nenhum deles quando conflitantes, preponderará, após ponderação proporcional das circunstâncias fáticas e jurídicas de cada caso, o dever do administrador público (assim como do legislador e do magistrado) de acomodar os dois, mediante a adoção de uma solução intermediária, pela qual ambos os interesses ou direitos serão preservados em alguma medida, sem a supressão total de qualquer deles. Exemplo disso pode ser encontrado na hipótese de desapropriação de bens particulares, que, em contrapartida, implica no dever do Estado em pagar indenização justa, prévia e em dinheiro.

Ao discorrer sobre as situações de restrição de algum direito fundamental⁸⁷, Gustavo Binenbojm certifica que “o interesse público, na espécie, consiste na intervenção administrativa que preserve e promova, de forma otimizada, ambos os interesses constitucionalmente relevantes”.⁸⁸

Dessa forma, reforçado estará, em certa proporção, o arcabouço axiológico constitucionalmente garantido, uma vez que a introdução do princípio da proporcionalidade na esfera constitucional junte o ordenamento jurídico como um

⁸⁶ SARMENTO, op. cit., p. 136.

⁸⁷ Vale registrar que a ponderação proporcional não tem sido utilizada apenas como medida negativa de restrições impostas a direitos fundamentais pelo Poder Público, mas também como medida positiva para a promoção de direitos fundamentais. Trata-se, pois, de dimensão positiva da proporcionalidade, chamada de proibição da proteção insuficiente - em oposição à vedação do excesso (BINENBOJM, Do princípio da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade, op. cit., p. 119). Expõe bem o que é a vertente positiva da ponderação proporcional a exigência feita pela Administração Pública ao proprietário para o cumprimento da função social da propriedade, haja vista que do contrário identificada estará a proteção insuficiente do direito de propriedade, pois não mais dissociado do dever de função social.

⁸⁸ Idem, p. 121.

todo ao real, sem formalismo excessivo, e submete o caso concreto a reflexões prós e contras, destinadas à busca da justiça e da equidade.

Justiça essa que deve sempre compreender a idéia de igualdade e se aproximar da idéia de concretização de princípios jurídicos materiais, como os da proibição do excesso e do respeito à dignidade da pessoa humana. Conteúdo que, segundo J. J. Gomes Canotilho, sintetiza a reflexão de alguns pensadores sobre o Estado de Justiça.⁸⁹

Fazendo uso das idéias defendidas nessa parte do arranjo, tentaremos elucidar adiante como a obediência ao princípio da função social da propriedade urbana pode cooperar para a efetivação do interesse público, concebido a partir da ponderação entre os interesses individuais e coletivos, e não aprioristicamente. A nova roupagem do interesse público ajudará a pensar como a cidade pode se planejar no sentido de satisfazer as reais necessidades de sua população, concorrendo, assim, para a vinculação da função social da propriedade e do planejamento urbano aos fundamentos e objetivos constitucionais.

⁸⁹ CANOTILHO, op. cit., p. 245. Para Dworkin, Estado de Justiça é aquele em que se protegem os direitos, incluindo os das minorias; para Rawls, é aquele em que há equidade na distribuição de direitos e deveres fundamentais e na determinação da divisão de benefícios da cooperação em sociedade e, segundo Marx, é aquele em que existe igualdade de distribuição de bens e igualdade de oportunidades.

3. PROPRIEDADE URBANA

3.1. PROPRIEDADE URBANA CONSTITUCIONALIZADA

Como nota introdutória, assisti-nos discorrer sobre os diversos tratamentos jurídicos dados ao direito de propriedade, dentre os quais está o da propriedade urbana, elevado ao patamar constitucional em 1988 – disciplinamento tardio, tendo em vista a importância da dinâmica urbana já a partir dos anos 40 e 50. A pluralidade de estatutos de propriedade se dá pela diversidade de sujeitos de direito e pela variedade de objetos suscetíveis à apropriação, sendo que a cada um cabe o cumprimento de uma função social específica.

Cada tipo de propriedade (bens de produção ou bens de consumo, móveis ou imóveis, imóveis rurais ou urbanos, propriedade material ou imaterial) possui diverso regime proprietário, porque, caso a caso, a função social fixa modos diferentes de agir ao proprietário.⁹⁰

Trataremos aqui, contudo, apenas de um desses regimes proprietários, o da propriedade urbana. Seu estatuto se particulariza na medida em que a função social da propriedade urbana está conectada diretamente ao objetivo de tornar as cidades um espaço cada vez mais propício ao desenvolvimento da vida humana.

Constata-se a proeminência do tema com a presença do disciplinamento jurídico da propriedade urbana na Constituição brasileira de 1988. A intenção hoje desse fenômeno não está mais associada à preservação da apropriação privada contra o poder estatal, mas ao sentido maior de promover políticas públicas necessárias para a efetivação do bem-estar da população urbana. Nessa pauta,

a normativa constitucional dirigida à propriedade urbana reconhece, assim, a existência de direitos da coletividade, legitimada que será de intervir no exercício do domínio, quando este não venha a garantir a subsistência, apresentando-se como fonte de opressão e desrespeito a outros direitos subjetivos, igualmente garantidos pela Carta Constitucional.⁹¹

Considerando o processo de industrialização, o crescimento desordenado da população urbana e a atividade especulativa, em virtude da qual o proprietário do

⁹⁰ CORTIANO JR., op. cit., p. 159.

⁹¹ CARDOSO, op. cit., p. 45.

solo urbano utiliza a faculdade de não uso para aguardar o momento econômico mais oportuno para aliená-lo ou edificá-lo, surge a necessidade do estabelecimento de uma nova política urbana, com a reconstrução da concepção de propriedade do solo urbano.

As cidades brasileiras – injustas, poluídas e marcadas pela segregação – são o resultado da ordem jurídica liberal, cunhada pela lógica de mercado que vê na propriedade tão-somente um valor de troca apartado de qualquer preocupação social e ambiental. Nesse contexto, imperioso enrijecer o paradigma proposto pela Constituição de 1988 com novos instrumentos voltados a uma política e gestão urbanas progressistas, imprescindíveis para a minimização do quadro de déficit habitacional, de especulação imobiliária, de falta de equipamentos públicos, de projetos de urbanificação, etc.

A qualidade de vida para quem habita as cidades só pode ser observada quando atendidos os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, presentes, respectivamente, nos artigos 1º e 3º, da Constituição Federal.⁹² O bem-estar das pessoas perpassa pelo respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, e pelo alcance dos objetivos de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza e da marginalização.

A propriedade, centro de diversos interesses, só se dá conta de seu papel para com a sociedade quando vinculada à efetivação dos princípios e objetivos constitucionais, aos quais não se pode atribuir singela força normativa. As regras previstas no artigo 182, da Constituição de 1988, são representativas de um novo modelo de propriedade urbana voltado à proteção da igualdade substancial, da

⁹² Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

(...)

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

dignidade da pessoa humana e da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, desvinculada de pretensões desagregadoras e especulativas.

A reforma sofrida pelo direito de propriedade cinge-se a três princípios, segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal: o bem-comum, a participação e a solidariedade. Quanto ao primeiro, as pessoas descobrem uma vontade geral e se dispõem a construir um bem que é comum; quanto ao segundo, todos devem contribuir a partir daquilo que são e que têm e, quanto ao terceiro e último princípio, nasce a percepção de que todos vivemos uns pelos outros.⁹³

O proprietário de um imóvel incrustado no meio de uma cidade não pode esquecer-se de seu dever para com os não-proprietários, posto que sua titularidade implica crescentes situações não-proprietárias, que não podem ficar sem proteção diante do propósito constitucional de resguardo da dignidade da pessoa humana e de redução das desigualdades. Necessária a imbricação entre poderes e deveres do proprietário, tendo em vista que a tutela máxima ou mínima dos poderes econômicos e jurídicos do titular do direito de propriedade passa a ser condicionada ao adimplemento de deveres sociais.

Frente à nova disciplina da propriedade urbana, o sistema no qual os proprietários eram os protagonistas do processo urbanístico foi superado. O exercício da propriedade urbana não pode degenerar-se com o preenchimento só dos interesses econômicos de seu titular, pois consideráveis são, também, as situações não-proprietárias e a organização dos grandes centros urbanos. Esse intuito está aglomerado no princípio da solidariedade, que

é uma disposição ética do ser humano, tendente a permitir o desenvolvimento ao mesmo tempo da comunidade e de cada um dos indivíduos, tentando nivelar os homens em um patamar capaz de propiciar um maior desenvolvimento de todos em conjunto.⁹⁴

A promoção do bem da coletividade é uma forma de consolidar o desenvolvimento pessoal de cada um, de maneira a pensar numa sociedade mais igual com dignidade para todos os seus membros.

Um Estado Democrático de Direito só pode ter a pretensão de assim ser denominado quando projeta uma “concepção de sociabilidade calcada em valores e objetivos humanitários e solidários, forjado não pela lógica da exclusão social, mas

⁹³ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 204.

⁹⁴ CORTIANO JR., op. cit., p. 173.

pela premissa de que todos somos cidadãos e merecemos tratamento e consideração iguais”.⁹⁵

Pensar no direito de propriedade exige compreensão de sua substancialidade para uma ambiência urbana mais justa, justiça auferível a partir da capacidade do Estado em dar concretude aos fundamentos e objetivos constitucionais, que não podem se restringir ao mundo abstrato frente às necessidades humanas vitais.

A cidade não pode ser considerada lugar de uns poucos que se apropriam dela e não se preocupam com as necessidades dos outros, excluídos socialmente. Indissociável o discurso ideológico constitucional referente ao direito à dignidade da pessoa humana e o princípio da função social da propriedade, eis que somente esses valores agregados poderão combater a apropriação privada do espaço urbano e suas conseqüências, tais como a concentração de renda e a exclusão de boa parte da população à terra urbana. É na cidade que as realidades do público e do privado se confrontam e, paradoxalmente, devem conviver⁹⁶.

Nessa esteira, ensina Rogério Gesta Leal que

idealizar, portanto, o espaço da cidade como instância de administração do público (concebido como lugar de todos) significa, necessariamente, pensar as relações sociais, econômicas e de poder a partir de uma nova concepção de Estado, de Sociedade e de Democracia, todas elas alavancadas pela idéia de um pacto societal integrador e garantidor da dignidade da vida humana e do homem como agente nuclear de uma rede de relações intersubjetivas e institucionais.⁹⁷

Por esta razão, Marçal Justen Filho nos convoca a desvencilhar de um Estado de Espetáculo, cuja preocupação central não está na alteração da realidade propriamente dita, mas no desenvolvimento de atividades destinadas a gerar imagens que levam os indivíduos a se transformarem em meros expectadores não-protagonistas.⁹⁸ Necessário reconhecer que o protagonista do direito é o ser humano e que este tem a missão de superar seu estado de passividade para assumir uma posição mais ativa em suas relações com o Estado e com a sociedade. Mister promover a proteção dos direitos fundamentais e dos interesses das minorias, sob

⁹⁵ LEAL, op. cit., p. 44.

⁹⁶ PASSOS, Cynthia Regina de Lima. *Regime jurídico da propriedade urbana na Constituição de 1988 e a superação do conceito único de titularidade no Direito Civil brasileiro*. Curitiba: 2006, 195 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, p. 104.

⁹⁷ LEAL, op. cit., p. 73.

⁹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. In: Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 70-71.

pena de encurralá-las embaixo do manto da dominação e opressão características de Estados totalitários.

Para que o ser humano tenha realmente seu valor reconhecido pelo Estado e pelos seus pares, precisamente em meio à comunidade urbana, indispensável especificar o conteúdo da função social da propriedade urbana, sob pena de essa ser usada como argumento precioso para a sustentação do *status quo* (e não é isso que queremos diante do panorama urbano de desalentadora desigualdade social). Regina Ferrari, parafraseando Nelson Saule Junior, enumera, em artigo escrito sobre planejamento urbanístico, os requisitos elencados por esse para que a propriedade urbana cumpra sua função social, quais sejam:

- a) democratizar o uso, ocupação e a posse do solo urbano, de modo a conferir oportunidade de acesso ao solo urbano e à moradia;
- b) promover a justa distribuição dos ônus e encargos decorrentes de obras e serviços da infra-estrutura urbana;
- c) recuperar para a coletividade a valorização imobiliária decorrente da ação do Poder Público;
- d) gerar recursos para o atendimento da demanda de infra-estrutura e de serviços públicos provocada pelo adensamento decorrente da verticalização das edificações e para implantação de infra-estrutura em áreas não servidas;
- e) promover o adequado aproveitamento dos vazios urbanos ou terrenos subutilizados ou ociosos, sancionando a sua retenção especulativa de modo a coibir o uso especulativo da terra como reserva de valor.⁹⁹

A propriedade urbana que não cumpre com sua função social¹⁰⁰ não perde o caráter de direito fundamental. Por sua vez, não gozará da mesma proteção, em igual intensidade, daquele domínio que cumpre sua função social. Nesses termos, a função social é parâmetro de gradação da proteção jurídica que terá o direito de propriedade.¹⁰¹

⁹⁹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Planejamento Urbanístico e a Responsabilidade do Estado. In: Edgar Guimarães (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 443.

¹⁰⁰ Cabe lembrar que hoje a função social não é tida como limitação externa ao domínio, mas constitui elemento interno. Nas palavras de Sundfeld, “no primeiro caso, o das limitações, trata-se de condição para o exercício de direito. No segundo (função social), trata-se do dever de exercitar o mesmo direito.” (SUNDFELD, Carlos Ari. Função social da propriedade. In: Adilson Abreu Dallari e Lucia Valle Figueiredo (Org.). *Temas de Direito Urbanístico I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 11).

¹⁰¹ CARDOSO, op. cit., p. 35. Prossegue a autora destacando o instituto da desapropriação como exemplo dessa gradação protetiva do direito real. Quando a propriedade não cumpre sua função social, ela pode ser desapropriada com o pagamento *a posteriori* e em títulos da dívida pública. No entanto, se vislumbrada a função social, a desapropriação ocorre com indenização prévia e em dinheiro, ou seja, com uma garantia jurídica mais valiosa.

3.2. PLANEJAMENTO URBANO E FUNÇÃO SOCIAL DA CIDADE

Quando falamos da importância do cumprimento pelo proprietário dos deveres que acompanham o seu direito de propriedade, vislumbramos os problemas de articulação e de interação do indivíduo com a comunidade. No âmbito urbano, não se admite mais o uso da propriedade apenas para a satisfação de interesses pessoais, haja vista o descompasso organizatório que atinge atualmente as cidades brasileiras.

Há muito, não mais se admite que a satisfação de um bem individual seja obtida “às custas da desgraça alheia”. Todo poder-direito é concedido com a condição de que sejam satisfeitos determinados deveres perante o corpo social.

Destoando da consideração de J. J. Gomes Canotilho sobre a Constituição portuguesa, a qual para o jurista adotou os deveres fundamentais como categoria autônoma, a Constituição brasileira de 1988 compreendeu os deveres fundamentais como o “outro lado” dos direitos fundamentais. Aqueles pressupõem uma conexão com estes, caráter relacional entre direitos e deveres que resulta na compreensão finalística dos direitos fundamentais.¹⁰²

Partindo dessa associação entre direitos e deveres, há que se focar na missão de tornar as cidades completas, que das palavras de Rosângela Cavallazzi ganham o sentido de cidades consentidas, que levam em conta toda a trama de relações, atores e correlações de forças em nossa plural sociedade contemporânea.¹⁰³ Plausível é superar, dessa forma, a deficiência na inclusão de todos os atores - assim considerados - no jogo de interesses (nem sempre contrapostos), pois só assim serão ouvidas todas as vozes de uma população que clama por mudanças e melhor qualidade de vida, essa efetivada só quando dignos existencialmente se acharem todas as pessoas.

Do sofrimento do homem real, aquele que tem negado suas necessidades, poder-se-á romper com o sistema posto e buscar um novo melhor, cujo fim será a emancipação da pessoa humana. Colocar na pauta das discussões as reais

¹⁰² CANOTILHO, op. cit., p. 518-519.

¹⁰³ CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. Novas fronteiras do Direito Urbanístico. In: Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. (Coord.) *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 687.

necessidades daqueles excluídos é um caminho necessário para um mundo mais próspero e para cidades menos desiguais.

Com base nisso, há que ser considerado pressuposto do planejamento urbano e condição *sine qua non* para o cumprimento da função social da cidade a cidadania, eis que tratar da cidade a partir da cidadania significa ter a cidade como um ponto de chegada de um processo perene de construção de momentos e de instâncias de civilização voltados para todos os cidadãos e suas representações – reais e simbólicas.¹⁰⁴

Sem cidadania, a soberania perverte-se em uma relação de submissão, para qual o pluralismo não conta e a dignidade humana torna-se postulado vazio, sem condições de concretude.

A cidade, mais do que um lugar para se habitar, tem de ser tida como ambiente territorial demarcado pela existencialidade do ser humano enquanto fazedor de história.¹⁰⁵

Gestão urbana democrática e participação cidadã no destino das cidades¹⁰⁶ são mecanismos insofismáveis para a inclusão social e aumento da eficiência do Estado na prestação de serviços. Gestões burocratizadas, afastadas dos cidadãos e das reais necessidades da comunidade, dificultam a aproximação do gestor público com os problemas sociais; a cidadania, em contrapartida, facilita essa aproximação e a tomada de decisões pelo poder local, proporcionando maior nitidez à relação entre democracia participativa e representativa, pois é nesse aspecto que o povo consegue conviver diretamente com aquele que o representa.¹⁰⁷

A sociedade civil, consciente de seu papel no processo de constituição do Político, deve buscar a implementação de políticas públicas competentes para garantir a função social da propriedade e da cidade, através da mobilização que lhe assegure uma chance de interlocução com os poderes instituídos, ativando, dessa

¹⁰⁴ LEAL, op. cit., p. 66.

¹⁰⁵ Idem, p. 45.

¹⁰⁶ Vide artigos 43 e 44, do Estatuto da Cidade. Eles prevêm a realização de debates, audiências públicas e orçamento participativo como exemplos de garantia de gestão democrática da cidade.

¹⁰⁷ Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o princípio da participação tende a transformar os modelos simples de democracias representativas em modelos mais complexos de democracias participativas, possibilitando aos indivíduos não apenas escolher quem os governará, mas como querem ser governados. (MOREIRA NETO, op. cit., p. 79)

forma, não mais uma conduta meramente clientelista e assistencialista do Estado, mas efetivando a conquista de voz e vez na definição de sua própria história.¹⁰⁸

A participação da sociedade na formulação e gestão das políticas públicas urbanas é requisito para vencer o arrefecimento que a exclusão social provoca nos sentimentos de pertencimento e interdependência social e mecanismo para reforçar a institucionalização da igualdade.

Assim sendo, a participação cidadã no desenvolvimento urbano deve nos fazer inferir que a cidade contemporânea é a expressão do coletivo e sua construção deve ser de responsabilidade de todos, tanto do Poder Público como da sociedade.¹⁰⁹

Garantir a vontade de todos inclusive contra a vontade da maioria denota perspicácia na proteção de uma convivência harmônica entre sujeitos e interesses diversos. A solução dos problemas sociais urbanos tem de ser pensada como uma resolução de um campo de conflitos, tendo como ponto de partida o reconhecimento da cidade real e paradoxal.¹¹⁰

Nesse rumo, o planejamento de uma cidade denota tarefa árdua que depende, por conseguinte, de uma visão aguçada de futuro e da antecipação de possíveis condições maléficas para seus habitantes. Consiste em projetar para o futuro situações necessárias e suficientes para se evitar qualquer opressão e desigualdade.¹¹¹

Ao longo da história, as cidades foram se formando e crescendo sem que se ativessem a qualquer planejamento urbano efetivo; a cidade não era vista na sua totalidade. Hoje, na verdade, impõe-se ao planejamento a captação da lógica da desordem urbana existente para que se possa vislumbrar alternativas que não

¹⁰⁸ LEAL, Rogério Gesta. *A função social da propriedade e da cidade no Brasil: aspectos jurídicos e políticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988, p. 164-165.

¹⁰⁹ MAGALHÃES, Sérgio. *A cidade na incerteza: ruptura e contigüidade em urbanismo*. Rio de Janeiro: Viana & Mosley, 2007, p. 91.

¹¹⁰ Ítalo Calvino, em 'As cidades invisíveis', descreve as cidades como esfera ambígua e contraditória representativa da própria condição humana, das oscilações pelas quais o homem passa. Ainda, em tom de pessimismo, assevera que as cidades nunca serão perfeitas, pois nós mesmos não o somos. (CALVINO, Ítalo. *As cidades invisíveis*. Diogo Mainardi (Trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 1990, *passim*).

¹¹¹ Usando das palavras de Celson Ferrari, Toshio Mukai confirma que o planejamento é um método de aplicação permanente destinado a resolver os problemas que afetam uma sociedade em determinado espaço e tempo, através de uma previsão ordenada capaz de antecipar as suas consequências futuras. (MUKAI, Toshio. *Direito Urbano e Ambiental*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 115)

coincidam com a mera reconstrução do espaço físico excludente.¹¹² Em outras palavras, o simples descarte das lições ofertadas pelo presente e passado das cidades consistiria em repelir a busca de um futuro melhor, de alternativas.

A cidade contemporânea precisa considerar suas preexistências ambientais e culturais, sem que com isso cheguemos à pretensão da repetição das condições presentes; ao contrário, pretende-se a partir desse pensamento a transformação da cidade.¹¹³

Nessa toada, o planejamento urbano deve ter como características a generalidade, a longevidade – ou seja, a sobrevivência a governos periódicos e efêmeros - para posteriores revisões e o diagnóstico de estratégias, metas e mecanismos de controle da política e gestão urbanas.¹¹⁴

Os problemas de espaço das metrópoles são decorrência da falta de planejamento e da corrosão de áreas úteis e de boa localização geográfica por interesses econômicos e particulares. Resultado imediato deste cenário é que a cidade, desde então, foi tratada como uma “aventura comercial privada”.

A ausência de planejamento urbano intensifica o crescimento das áreas de periferia, livres de todas as restrições municipais, e consolida um mercado imobiliário restrito e especulativo. Portanto,

não se concebe hoje que a sorte das cidades fique a reboque da conveniência (ou negligência) do administrador público, nem que o planejamento urbano ocorra entre quatro paredes, restrito aos interesses imediatos de políticos e investidores do mercado imobiliário.¹¹⁵

O plano diretor, instrumento político-jurídico básico para qualquer planejamento efetivo de uma cidade (previsto no artigo 182, §§ 1º e 2º, CF), trata-se de um conjunto de regras essenciais que resulta de uma análise pormenorizada das vocações, problemas e potencialidades da cidade, servindo de meio para delimitar coerente e ordenadamente o crescimento e a expansão urbana.

Destarte, a concretização da função social da cidade estará vinculada ao planejamento urbano responsável, à cidadania e à justiça social. Falar da função

¹¹² LEAL, *Direito Urbanístico: Condições e possibilidades da constituição do espaço urbano*, p. 38-39.

¹¹³ MAGALHÃES, op. cit., p. 86.

¹¹⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Desapropriação urbanística: um instrumento jurídico de desenvolvimento urbano*. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, v. 219, p. 157, jan./mar. 2000.

¹¹⁵ FREITAS, José Carlos de. *Direito Urbanístico*. In: Vidal Serrano Nunes Júnior (Coord.). *Manual de Direitos Difusos*. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 412.

social da cidade a partir da Constituição de 1988 significa reconhecer o custo social do modelo de desenvolvimento outorgado à cidadania nacional e, a partir disso, enumerar as prioridades federais, estaduais e municipais no que tange às políticas de gestão dos interesses efetivamente públicos.¹¹⁶

Cumprir a função social da cidade remete à garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à habitação, ao trabalho, ao transporte e ao lazer, isto é, funções sociais da cidade reconhecidas pela Carta de Atenas, após Congresso Internacional de Arquitetura Moderna realizado na Grécia em 1933.

A sustentabilidade das cidades precisa ser medida em face dos direitos e garantias fundamentais assegurados pela Carta Constitucional vigente. O direito a cidades sustentáveis compreende um feixe de direitos pertencentes ao conjunto da sociedade, ou seja, direitos de titularidade indefinida (direitos difusos).

Enquanto as cidades forem centros espaciais lastreados pela negação do outro, pela ignorância política e pela manipulação econômica dos mais fortes, nunca alcançaram o escalão da sustentabilidade entre o social, o político, o econômico e o ambiental.

O princípio do desenvolvimento sustentável da cidade fundamenta uma atuação compartilhada entre Estado e indivíduos para a erradicação da pobreza, assegurando o direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza. A noção de cidade compartilhada reconhece que a produção da cidade é própria do coletivo – dos governos e da sociedade.

A convivência, em um mesmo espaço territorial, de pessoas estranhas umas às outras e com desejos frequentemente diversos¹¹⁷ recomenda o respeito de um para com o outro, a fim de otimizar a felicidade coletiva e a existência harmoniosa entre as pessoas. Vida saudável aconselha o desenvolvimento das habilidades humanas que desencadeiam um melhor relacionamento do indivíduo com o social.

A seguir, tentaremos detalhar como se dá a dinâmica de organização político-espacial das cidades, tendo em vista a forte relação do urbanismo como ciência com a materialização da função social das cidades. Esta aproximação deve ser encarada como o caminho mais fácil para a realização do bem-estar social.

¹¹⁶ LEAL, *Direito Urbanístico: Condições e possibilidades da constituição do espaço urbano*, p. 41.

¹¹⁷ É bom lembrar que o planejamento urbano e o cumprimento da função social da propriedade urbana nem sempre envolvem interesses contrapostos. Exemplo disso é a colocação de números em todas as unidades edilícias da cidade, forma de organização estratégica da cidade que não cria nenhum embaraço a qualquer interesse.

4. ORGANIZAÇÃO DAS CIDADES

4.1. FORMAS DE EXPRESSÃO DO URBANISMO

O urbanismo é hoje uma necessidade premente da civilização, em face da crescente urbanização. É preciso disciplinar e conformar o fenômeno urbano para que o homem não fique preso e sem alternativas na civilização do caos que se avizinha.

Em sua acepção primeira, corresponde à técnica, à ciência e à arte que, ao mesmo tempo, objetivam a organização dos espaços urbanos, visando o bem-estar coletivo e a implementação das funções sociais da cidade: habitação, trabalho, recreação do corpo e do espírito, circulação.¹¹⁸

A partir desse singelo conceito – porém satisfatório - e das diferentes estratégias imaginadas para a organização do território urbano, é possível absorver distintas formas de expressão do urbanismo ao longo da história.

A maneira antiga de manifestação do urbanismo era aquela condizente com a sistematização do já existente, sem propósito de apresentação de alternativas para o amanhã. Esse modo de organização espacial das cidades é tido como estático e compreende apenas o esteticismo, confundindo a beleza com o alcance do bem-comum.

Entretanto, a configuração contemporânea do urbanismo está atrelada ao dinamismo experimentado pelas atuais cidades. Com esboço em José Afonso da Silva, o urbanismo é “estritamente ligado à cidade e às necessidades conexas com o estabelecimento humano na cidade. Por isso, o urbanismo evolui com a cidade.”¹¹⁹

Sem confinar no esquecimento o passado e o presente das cidades, o urbanismo ganha a expressão de sistematização do desenvolvimento futuro, pois aprender com o existente é uma maneira de ser revolucionário, de questionar o

¹¹⁸ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 24-25.

¹¹⁹ Idem, p. 15.

modo como são e vemos as coisas.¹²⁰ Da constatação da realidade para a finalidade de transformação.

Reconhecendo as reais chagas e as potencialidades desta ou daquela cidade, mais frutíferos se tornam os efeitos da organização e do planejamento urbano para o erguimento de um futuro com dignidade para todos.

Portanto, o urbanismo evoluiu do estético para o social. José Carlos de Freitas resume com maestria o conceito e a expressão contemporânea de urbanismo. O autor assevera que o urbanismo ganhou a idéia de funcionalidade¹²¹ e ordenação (racionalização do traçado urbano, bom funcionamento dos serviços públicos, a correta distribuição da concentração populacional, criteriosa utilização das áreas públicas urbanas e a localização das atividades humanas pelo território da polis, equacionando o equilíbrio entre população e meio ambiente e entre área, habitantes e equipamentos urbanos), embora tido no início como técnica voltada ao puro aformoseamento e embelezamento da cidade.¹²²

Sem abandonar o estético, a técnica de organização dos espaços urbanos consiste em um conjunto de medidas estatais destinadas a propiciar melhores condições de vida para o homem em comunidade. Não se pode perder de vista que o urbanismo e o cumprimento da função social da propriedade são os principais catalisadores na busca de uma cidade mais justa e igual, onde possam conviver harmoniosamente o individual e o coletivo.

Além dessa evolução do urbanismo estático-estético para aquele dinâmico-funcional, houve outra transição.

Na modernidade, o urbanismo era caracterizado pela ruptura com a cidade existente e pela concepção de modelos perfeitos de cidade. Nesse período histórico, o urbanismo trabalhava contra a cidade existente, não importando somente ataque à herança material recebida, senão à própria idéia de cidade como lugar de interação e complexidade.¹²³

¹²⁰ MAGALHÃES, op. cit., p. 62. Conhecer as preexistências urbanas não importa na reprodução das condições presentes, mas conduz o planejamento e o urbanismo à mudança estrutural e político-social das cidades.

¹²¹ Funcionalidade essa que deve permitir que todas as atividades sejam desempenhadas com um mínimo de interferência e prejuízo de uma sobre as outras, tentando evitar que o homem se torne vítima de sua própria obra – a cidade. (MOREIRA NETO, op. cit., p. 507)

¹²² FREITAS, José Carlos de, op. cit., p. 398.

¹²³ MAGALHÃES, op. cit., p. 70.

Em contrapartida, a técnica contemporânea de planejamento das cidades é pensada a partir do reconhecimento da diversidade e da *urbes* como lugar de encontro das diferenças. O neo-urbanismo não defende a cidade como modelo, mas como lugar onde há relação de sujeitos, objetos e território.

Para Sérgio Magalhães, vem sendo construído um novo destino para o urbanismo contemporâneo. O arquiteto elenca três aspectos dessa atual tendência: a) a crescente conscientização da população sobre as vantagens de preservação do patrimônio urbano;¹²⁴ b) o fortalecimento político da cidadania (gestão democrática das cidades) e o reconhecimento das dificuldades que resultam da alienação dos cidadãos em relação à sua cidade e c) o fortalecimento da idéia de cidade como lugar de todos.¹²⁵

Pari passu, o conceito de Direito Urbanístico abarca a finalidade do urbanismo, instrumentalizando-o. Corresponde ao conjunto de normas jurídicas que tem como desiderato a coesão entre interesses e a busca de ordenação e transformação da realidade. Basicamente, volta-se ao cumprimento da função social da propriedade, retirando o caráter absoluto do direito de propriedade, e, por dedução, à concretização das diretrizes estabelecidas no artigo 2º, do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001).¹²⁶

A essência do Direito do Urbanismo, assim denominado pelo jurista português Fernando Alves Correia, reside na harmonização e compatibilização de interesses

¹²⁴ A Constituição de 1988 concebeu três formas de meio ambiente, além daquele natural: i) o cultural, formado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico e científico; ii) o do trabalho, caracterizado pelas condições de insalubridade e segurança que envolvem atividades laborais e iii) o artificial, integrado pelo espaço urbano construído, que se subdivide, segundo José Afonso da Silva, em fechado - abrange as unidades edilícias - e aberto - equipamentos e bens públicos ou sociais criados para servir às unidades edilícias e destinadas a atender as necessidades dos habitantes, como ruas, pontes, jardins, parques, áreas verdes, praças. (FREITAS, José Carlos de, op. cit., p. 395-396).

¹²⁵ MAGALHÃES, op. cit., p. 90.

¹²⁶ As diretrizes gerais podem assim ser organizadas, segundo Toshio Mukai: a) garantia do direito a cidades sustentáveis, direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e serviços urbanos, ao trabalho e ao lazer; b) gestão democrática da cidade; c) cooperação entre governos, a iniciativa privada e demais setores no processo de urbanização; d) planejamento do desenvolvimento urbano; e) ordenação e controle do uso do solo; f) justa distribuição dos benefícios e ônus do processo de urbanização; g) adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano; h) proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, arquitetônico, histórico, artístico e paisagístico e i) isonomia de condições para agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativas ao processo de urbanização. (MUKAI, Toshio. *O Estatuto da Cidade: síntese dos aspectos mais relevantes da Lei 10.257, de 10.7.2001*. In: Revista Trimestral Direito Público 35/30, p. 30-31).

diferentes aplicados no uso e na transformação do solo, escasso por natureza.¹²⁷ Os institutos que o dão alicerce e legitimidade como instrumento de mudança da realidade priorizam a técnica da ponderação e superação dos conflitos de interesses, na busca equilibrada por cidades sustentáveis.

Ademais, as normas do Direito do Urbanismo têm que ser marcadas pelas qualidades da mobilidade, infixidez e instabilidade, pois, antes de imutáveis e fechadas, devem adaptar-se à evolução da realidade urbanística e dos problemas colocados pelo ordenamento do espaço.¹²⁸ Só assim o urbanismo será realmente considerado como mecanismo de transformação

Hodiernamente, o Direito do Urbanismo não mais dá ênfase exclusiva ao critério quantitativo, direcionado à construção massiva de habitações e equipamentos públicos. Mais que isso, acentua o aspecto qualitativo de ordenação das cidades, voltado também à defesa do meio ambiente e do patrimônio histórico edificado, à renovação de áreas urbanas degradadas e dos centros históricos, à valorização e criação de paisagens naturais; tudo isso em razão da pretensão de se construir um espaço urbano que releve o humano e o coletivo.

A idéia que se tem do urbanismo hoje é de função pública e não de simples atividade privada. Perfilhado nesse sentido,

no atual Estado de Direito Social, as decisões básicas sobre o urbanismo deixaram de pertencer aos proprietários do solo, para serem cometidas à Administração, a quem cabem funções de planejamento, gestão e controle das atividades com reflexos na ocupação, uso e transformação do solo.¹²⁹

Em que pese essa condição, a organização administrativa do urbanismo não pode se apresentar como algo autoritário e distante dos cidadãos, mas antes deve recorrer à participação dos cidadãos, com o escopo de os órgãos administrativos conhecerem os diferentes interesses envolvidos no desenvolvimento urbano, para que haja uma justa ponderação entre eles.¹³⁰

Em decorrência do caráter público da função urbanística, faz-se necessária, portanto, a alteração do conteúdo jurídico do direito de propriedade, na medida em

¹²⁷ Nesse ponto, o Direito Urbanístico deve ser encarado a partir de seu escopo fundamental de organização do território, que supera a questão dos singulares interesses em jogo, públicos ou privados. (MUKAI, *Direito Urbano e Ambiental*, p. 28)

¹²⁸ CORREIA, Fernando Alves. *Estudos de Direito do Urbanismo*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 99.

¹²⁹ Idem, p. 108.

¹³⁰ Idem, p. 116.

que vem sofrendo um progressivo assujeitamento às conveniências sociais, veladas pelo Poder Público.

4.2. INTERVENÇÃO ESTATAL NO PROCESSO DE URBANIZAÇÃO COMO MECANISMO DE COMBATE À ESPECULAÇÃO IMOBILIÁRIA

Sem a atuação estatal, o paradeiro da sociedade brasileira, principalmente daquela grande parcela que ocupa as cidades, não pode ser tido como animador, no sentido da redução das desigualdades sociais e da integração dos segmentos marginalizados.

O Estado Democrático de Direito¹³¹ não tem seu papel restrito a manter as estruturas de poder existentes, mas afigura-se como garantidor de políticas públicas concretizadoras dos princípios e objetivos constitucionais.¹³² O Estado Democrático de Direito não é só Estado-aparelho; conecta-se fundamentalmente com Estado-comunidade, funcionando na organização da vida social e econômica.¹³³

Para uma eficiente política urbana de ocupação dos solos, há que se rejeitar a ideologia liberal clássica, estruturada na abstenção do Estado e no livre funcionamento do mercado sobre a propriedade urbana, bem como aquela socialista, que sustenta a abolição da propriedade privada. Nessa proporção,

¹³¹ “Mesmo que a Constituição não preveja o termo *social* agregado aos qualificativos democrático e de direito, como ocorre na Constituição brasileira, indubitável é a preocupação social, extraída do conjunto de preceitos aí contidos. A experiência de Estados caracterizados constitucionalmente por essa tríplice dimensão, que hoje desfrutam de elevado nível econômico, social e de respeito aos direitos fundamentais, demonstra possível conciliação, na prática, dos três elementos”. (MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 107)

¹³² Vide Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.041.197/2008, do Mato Grosso do Sul. Estado de Mato Grosso do Sul *versus* Ministério Público de Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Humberto Martins. Acórdão de 25 de agosto de 2009. O acórdão desse Recurso Especial consolida o entendimento que, a partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais. A decisão conclui que assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário.

¹³³ LEAL, *A função social da propriedade e da cidade no Brasil: aspectos jurídicos e políticos*, p. 114.

necessário adotar os princípios do Estado de Direito Social para podermos falar em uma política dos solos de resultados convincentes.

A concretização da dignidade da pessoa humana e da igualdade material reivindica a repulsa da apropriação seletiva pelos capitais particulares do capital social, representado pela cidade como um todo realmente indivisível. Mister, nesse passo, vilipendiar a socialização capitalista da cidade, definida por Milton Santos como o mecanismo de uns poucos se beneficiarem e manejarem especulativamente as infraestruturas às custas do financiamento de toda a coletividade.¹³⁴

O comando das cidades não pode ficar nas mãos impróprias do mercado especulativo, favorecedor de concentrações e segregações, se quisermos mesmo cercar o espaço urbano pelos vetores axiológicos da sustentabilidade e da solidariedade.

Na lógica do livre mercado sobre os espaços urbanos, há os que perdem e os que ganham: de um lado, formam-se núcleos habitacionais desprovidos de qualquer infra-estrutura e, de outro, surgem feudos elitizados (especulares imobiliários).

A combinação entre a falta de políticas públicas verdadeiramente eficazes, especialmente no que diz respeito à habitação, e as ações de um mercado imobiliário sem rédeas resulta no aumento do fenômeno da ilegalidade urbana, gerando a proliferação de formas inadequadas de uso e ocupação do solo urbano. Em outros termos, indivíduos e grupos sociais - a maioria desses - não têm sido plenamente reconhecidos como cidadãos das cidades nas quais vivem.¹³⁵

Essa situação, agravada pelo êxodo rural e pelo crescimento demográfico desenfreado dos aglomerados urbanos, acarreta a deficiência na oferta dos solos frente à elevação da demanda de terrenos para infra-estrutura, habitação, equipamentos públicos, etc. Portanto, a intervenção da Administração Pública é recomendada para impedir a retenção especulativa da terra urbana, tendência em que os proprietários dos solos objetivam se beneficiar com o aumento contínuo dos preços ao conservá-los durante longo tempo.¹³⁶

¹³⁴ SANTOS, Milton. *Por uma economia política da cidade: o caso de São Paulo*. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009, p. 118.

¹³⁵ FERNANDES, Edésio. Direito urbanístico e política urbana no Brasil: uma introdução. In: Edésio Fernandes (Org.). *Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 26-27.

¹³⁶ Para potencializar essa necessidade, segundo Fernando Alves Correia, cabe à Administração Pública estimular a iniciativa privada para a oferta de solos para urbanização e construção, através da abertura de arruamentos e da construção de infra-estruturas de abastecimento de água e saneamento, para que os terrenos fiquem em condições de serem aproveitados para edificação, e

Da mesma forma que é conferido um *direito subjetivo individual* para o proprietário reclamar a garantia da relação de propriedade, é atribuído ao Estado e à coletividade o *direito subjetivo público* para exigir do sujeito proprietário a realização de determinadas ações, a fim de que a relação de propriedade mantenha a validade no mundo jurídico. O direito de propriedade deixa de ser, então, exclusivamente um direito garantia do proprietário e se torna um direito garantia da sociedade.¹³⁷ (grifo nosso)

Diante do exposto, é preciso se alinhar a uma esfera pública de organização do território urbano, de tal forma que permita à parceria entre o setor estatal e o setor privado – haja vista que não se pode confundir esfera pública como sendo a órbita do interesse estatal com a exclusão dos interesses individuais – assegurar o não sacrifício dos valores sociais em favorecimento aos interesses particulares de grupos econômicos.

A cidade assumida como instância pública detalha sua compreensão como espaço de interação social e de domínio coletivo.

Reafirmada a preocupação de apreender a cidade como lugar de todos e não apenas de alguns poucos que tentam a partir dela se enriquecer, faz-se necessária a intervenção estatal na propriedade privada urbana, no sentido de assegurar o cumprimento de sua função social por meio da extensão dos benefícios decorrentes das intervenções urbanísticas à sociedade inteira ou da compensação dos ônus sofridos por algum proprietário, em decorrência das vantagens percebidas pela coletividade; da promoção do acesso à moradia;¹³⁸ da urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda; da proteção do meio ambiente e da recuperação da mais-valia imobiliária, decorrente da ação do Poder Público, para a coletividade.¹³⁹

controlar as atividades dos sujeitos privados na observância das normas urbanísticas em geral e das dos planos. (CORREIA, op. cit., p. 124-125)

¹³⁷ DERANI, op. cit., p. 54.

¹³⁸ A falta de moradias na região metropolitana de Curitiba (RMC) cresceu em um ritmo assustador entre 2008 e 2009. Segundo dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), o déficit habitacional da RMC saltou de 37 mil para 63 mil residências – um crescimento de 70%, superior à alta do país e a de outros centros urbanos. O inchaço populacional sem planejamento causa uma “cicatriz urbana” difícil de ser removida: a urbanização fica comprometida; o transporte público não suporta a demanda; o meio ambiente é agredido (ocupações irregulares geralmente estão em áreas de preservação); e, sobretudo, alimenta a violência. Quando o processo de urbanização se dá dessa forma, dois bolsões surgem rapidamente: pessoas de alta renda trancadas em seus condomínios nos bairros próximos ao centro e a pobreza concentrada nas periferias. (BOREKI, Vinícius. *Sem direito à moradia digna*. Gazeta do Povo. Curitiba, 21 de setembro de 2010. Disponível na internet via WWW.URL:<<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?tl=1&id=1048595&tit=Sem-direito-a-moradia-digna>>. Acesso em 05 de outubro de 2010)

¹³⁹ Quanto à função social da propriedade urbana, deve o Poder Público chegar ao maior equilíbrio possível entre o interesse do proprietário e o da coletividade. Deve visar, sempre, à urbanificação da cidade e ao seu aproveitamento eficaz, de sorte que o proprietário veja-se compelido a explorar o

Nessa esteira, alguns instrumentos jurídicos de intervenção estatal no processo de urbanização¹⁴⁰ podem ser considerados mecanismos de correção das disfunções do mercado imobiliário. Entre eles, o direito de preempção ou de preferência urbanística, previsto no artigo 26 e seguintes, do Estatuto da Cidade; as operações urbanas consorciadas, definidas pelo artigo 32 e seguintes, da mesma legislação; e a desapropriação urbanística, que iremos discorrer a seguir.

A não utilização da desapropriação, enquanto instrumento de reforma urbana ou mecanismo de efetivação da função social da propriedade urbana e da cidade, conforta as elites no sentido da proteção de seus interesses patrimonialistas ou mesmo a classe política que faz parte de um grupo privilegiado da sociedade, detentor dos meios de produção e da concentração de renda e bens.

A desapropriação urbanística, situada no centro do furacão de conflitos entre o interesse coletivo à ordenação adequada do espaço físico da cidade (para melhor habitar, trabalhar, recrear e circular) e os interesses privados dos proprietários, pode se caracterizar como um instrumento de realização da política do solo urbano em função da execução do planejamento urbanístico, o qual importa a conformação do direito de propriedade ao princípio constitucional da função social da propriedade.¹⁴¹

142

conteúdo econômico de sua área urbana em nome da justiça social e do desenvolvimento e planejamento urbano.

¹⁴⁰ José Afonso da Silva assevera que a urbanização é o mal e a urbanificação o seu remédio. (SILVA, op. cit., p. 21)

¹⁴¹ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 415.

¹⁴² O consórcio imobiliário urbanístico e a concessão urbanística podem se oferecer como instrumentos alternativos à desapropriação urbanística, já que a articulação entre o setor público e a iniciativa privada possibilita minorar os gastos públicos na ampliação das qualidades urbanísticas das cidades. Na concessão urbanística (espécie de operação urbana consorciada), o Poder Público transfere ao agente privado a tarefa de executar operações de ampliação de área urbanizada ou de renovação de área já urbanizada, o qual será remunerado a partir da exploração da obra por meio da venda ou aluguel de lotes de terrenos ou de edificações; em contrapartida, o particular assume o pagamento das indenizações devidas em razão de desapropriações e de aquisições de imóveis necessários à realização das obras concedidas. O consórcio imobiliário urbanístico, por sua vez, é uma forma de viabilização financeira de planos de urbanização ou edificação, por meio da qual o proprietário do imóvel atingido pelas obrigações positivas de parcelamento ou edificação compulsórios transfere à Administração Pública Municipal seu imóvel - não há desapropriação aqui - e, após a realização das obras, recebe como pagamento unidades imobiliárias devidamente urbanizadas ou edificadas, cujo valor seja correspondente ao valor do imóvel antes da execução das obras; note-se que, enquanto o proprietário recebe como pagamento unidades imobiliárias urbanizadas ou edificadas, os demais lotes ficam com o Poder Público que poderá comercializá-los para atender a população que necessita de habitação. (CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. *O consórcio imobiliário como instrumento de intervenção urbanística*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 109-115)

Essa forma de desapropriação, distinta daquela geral e clássica,¹⁴³ objetiva dar pleno cumprimento aos comandos constitucionais no sentido de implementar políticas públicas que permitam o atendimento da função social da propriedade imobiliária nos centros urbanos.

Para José Afonso da Silva, a desapropriação urbanística se fundamenta no requisito da utilidade pública, que entende a desapropriação como a melhor solução para o atendimento de interesses gerais da sociedade, e não na hipótese de interesse social, voltada a atender diretamente certos segmentos carentes da sociedade.¹⁴⁴ Nesse sentido, elenca como sendo hipóteses legais de desapropriação urbanística aquelas previstas nas alíneas “e”, “i”, “j” e “k”, do artigo 5º, do Decreto-lei nº 3.365/1941.¹⁴⁵

Contudo, há quem pense na desapropriação para fins urbanísticos lastreada também no requisito de interesse social, como Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Toshio Mukai, especialmente nos casos dos incisos V e VIII, do artigo 2º, da Lei nº 4.132/1962.¹⁴⁶

A desapropriação urbanística deve observar os princípios da proporcionalidade e da distribuição equitativa de benefícios e ônus da atividade urbanística, pelo qual o expropriado deve ser indenizado no justo preço e terceiros adquirentes dos imóveis resultantes da execução do plano não devem ter benefício adicional à custa dos expropriados. Somente deverá ser aplicada

quando não houver outro meio menos gravoso para obter-se o resultado pretendido, ou quando os proprietários dos imóveis, sujeitos aos planos

¹⁴³ A desapropriação clássica não é considerada instrumento destinado a obter determinada utilização positiva dos bens expropriados, na forma prefixada pelo planejamento urbano e plano diretor. (SILVA, *Direito Urbanístico Brasileiro*, 4. ed., p. 415)

¹⁴⁴ Idem, p. 417.

¹⁴⁵ Art. 5º Consideram-se casos de utilidade pública:

e) a criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência;

h) a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais; ([Redação dada pela Lei nº 9.785, de 1999](#))

j) o funcionamento dos meios de transporte coletivo;

k) a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza;

¹⁴⁶ Art. 2º Considera-se de interesse social:

V - a construção de casas populares;

VIII - a utilização de áreas, locais ou bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades turísticas. ([Incluído pela Lei nº 6.513, de 20.12.77](#))

urbanísticos, não se dispuserem a adotar as medidas compatíveis com a execução deles, não cooperando, portanto, com o Poder Público.¹⁴⁷

Dos supramencionados princípios, extrai-se a noção de desapropriação como *ultima ratio*. Sua adoção deve trilhar os passos da necessidade, entendendo que não há outra providência a ser escolhida que seja menos gravosa ao cidadão atingido; da adequação, a qual instrui a ação para a concretização do interesse público – concebido não *a priori*, mas após técnica de ponderação entre o interesse social e o interesse particular; e da proporcionalidade em sentido estrito, subprincípio que visa equacionar a medida adotada quanto aos seus custos e benefícios.

Quanto à desapropriação-sanção, instituída pela Constituição de 1988 (artigo 182, § 4º, III), existem doutrinadores como Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁴⁸ que a enquadram como uma nova modalidade de desapropriação, além daquelas hipóteses previstas no artigo 5º, XXIV, da Carta Magna (necessidade pública, utilidade pública e interesse social), e há principalmente no direito comparado quem a considera uma das espécies de desapropriação urbanística¹⁴⁹, juntamente com a desapropriação como sistema de atuação de planos urbanísticos e a desapropriação urbanística subsidiária.

A partir dessa última concepção, a desapropriação como sistema de atuação de planos urbanísticos pode ser vista como a legítima desapropriação urbanística referida acima. A desapropriação urbanística subsidiária exerce a função de fazer atuar a atividade urbanificadora por alguém em substituição ao proprietário do imóvel que deixou de cumprir imposições do plano urbanístico. E, por fim,

a desapropriação-sanção deve buscar o restabelecimento da legalidade urbanística, quando esta tiver sido violada diante do descumprimento de deveres e ônus urbanísticos por parte dos proprietários, comportando a redução da justa indenização com pagamento mediante títulos da dívida pública.¹⁵⁰ (grifo nosso)

A desapropriação sancionatória diz respeito à terceira e última alternativa que tem o Poder Público de fazer valer o princípio da função social da propriedade urbana. São passos obrigatórios até essa forma drástica de penalidade a aplicação do parcelamento ou edificação compulsórios de solo urbano não-edificado,

¹⁴⁷ GAMA, op. cit., p. 168.

¹⁴⁸ Vide MOREIRA NETO, op. cit., p. 370.

¹⁴⁹ Ruy de Jesus Marçal Carneiro também visualiza a desapropriação-sanção como uma forma de desapropriação para fins urbanísticos. (CARNEIRO, Ruy de Jesus Marçal. *Organização da cidade: planejamento municipal, plano diretor e urbanificação*. Max Limonad, 1998, p. 105)

¹⁵⁰ GAMA, op. cit., p. 166.

subutilizado ou não-utilizado (artigo 182, § 4º, I, CF) e a aplicação extrafiscal do IPTU progressivo no tempo (artigo 182, § 4º, II, CF), modalidade que se destina à satisfação de interesses primários cometidos ao Estado - interesses coletivos – e não de interesses secundários relacionados à obtenção de receitas fiscais.^{151 152}

A previsão desses instrumentos tem um significado muito importante para a política urbana dos Municípios, na medida em que dotam o Poder Público de uma possibilidade bem maior de intervenção sobre o território e o mercado imobiliário das cidades.

A propriedade urbana não é mercadoria que se estoca e se especula, mas um bem individual de expressão social, vocacionado à sua plena utilização de acordo com as exigências de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

Assim sendo, a desapropriação, uma vez observados os mecanismos protetivos do Estado Democrático de Direito¹⁵³, é um instrumento adequado para conferir funcionalidade ao instituto da propriedade e, reflexamente, às cidades.¹⁵⁴

¹⁵¹ Jacques Távora Alfonsin critica a demora que pode ocasionar a aplicação prévia do parcelamento ou edificação compulsórios e do IPTU progressivo no tempo até a culminação da desapropriação. Para o jurista, por mais de oito anos – três anos entre apresentar projeto e iniciar obras que darão melhor utilização ao bem, e, se ainda continuar o descaso do proprietário, mais cinco anos de IPTU progressivo - o proprietário poderá prosseguir com o mau uso do bem, em flagrante desrespeito à função social da propriedade urbana e a todas as pessoas que necessitam do mesmo espaço, por exemplo, para morar. Enquanto a intervenção do Poder Público sobre o bem vai se processando, um em prejuízo de todos vai cumprindo seu papel no processo de retrocesso social. (ALFONSIN, Jacques Távora. Breve apontamento sobre a função social da propriedade e da posse urbanas à luz do novo Estatuto da Cidade. In: Letícia Marques Osorio (Org.). *Estatuto da Cidade e reforma urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 70-71)

¹⁵² Clóvis Beznos assevera que a ordem sucessiva preconizada pelo art. 182, § 4º, da CF, deve ser respeitada fielmente, uma vez que se é verdade que o ordenamento impõe que a propriedade cumpra a sua função social, também é verdade que restou assegurado pelo mesmo ordenamento o direito de propriedade. Dessa forma, se houver método eficaz para conformar a propriedade à sua função social sem a extinção do direito de propriedade, a desapropriação deve ser preterida. (BEZNOS, Clóvis. *Desenvolvimento urbano*. In: Revista Trimestral de Direito Público 11/1995. Malheiros, p. 152)

¹⁵³ Nem sempre a desapropriação se manifesta só pela autoridade, como se ato arbitrário fosse. Ao lado do poder posto à disposição do Estado para cumprimento de deveres institucionais e que extingue vínculos de propriedade privada, a desapropriação também se caracteriza por dotar o expropriado de garantias substanciais, como o respeito ao devido processo legal substancial e procedimental. (MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Bernardo Strobel. A desapropriação no Estado Democrático de Direito. In: Alexandre Santas de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 596)

¹⁵⁴ FREITAS, Juarez, op. cit., p. 104.

CONCLUSÃO

Este estudo teve como principal propósito ilustrar a cidade como espaço físico e social onde convivem, simultaneamente, interesses particulares e interesses coletivos.

Desde o início, tentou-se demonstrar a centralidade que o direito de propriedade assume no destino de uma sociedade mais justa. Dessa monta, mapeou-se todo o percurso de transição do Estado Liberal para o Estado Social, mais comprometido com as reais necessidades da comunidade.

O Estado Liberal, característico dos séculos XVIII e XIX, semeava a proteção do cidadão contra o Poder Público como forma de garantia da liberdade. O Estado não podia interferir no direito de propriedade, cujo conteúdo era preenchido exclusivamente por interesses egoísticos e individuais do proprietário, servindo o direito de instrumento de dominação daqueles não-proprietários.

Em contrapartida, o liberalismo e o individualismo exacerbados começaram a indicar sua insuficiência para o funcionamento do projeto liberal-iluminista - desencadeado desde a Revolução Francesa de 1789 - com a eclosão da Primeira Guerra Mundial e com a Quebra da Bolsa de NY.

No campo jurídico, foi a Constituição de Weimar de 1919 que inaugurou um novo modelo de Estado – o de Bem-Estar Social – e uma nova percepção do direito de propriedade. Não mais a propriedade privada deveria ficar engessada aos interesses meramente individuais; seu escopo voltar-se-ia mais ao aspecto humanista, em que os interesses da comunidade não estão subordinados à satisfação dos interesses pessoais, valorizando a liberdade quando aliada à dignidade da pessoa humana e à solidariedade.

A injeção do princípio da função social da propriedade nas Constituições resumia bem o caminhar do ideal político e social que bradava por maior atuação do Poder Público no futuro da sociedade. Nesse tempo, a divisão sociedade/Estado deveria ser relegada ao esquecimento para que a Administração Pública pudesse interpenetrar no corpo social e, assim, colaborar na busca de uma sociedade com mais justiça social e igualdade substancial.

O novo papel assumido pelas Constituições contribuiu para a crise do divórcio entre Estado e sociedade, pois o Poder Público ficou incumbido na efetivação dos

valores da Carta Magna. A constitucionalização do Direito colaborou para o fim da dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, uma vez que toda ordem jurídica estava comprometida com os ditames constitucionais, os quais revelam um Estado dirigente, isto é, provedor de políticas públicas voltadas ao bem-comum.

Nesse sentido, necessário considerar superada a separação entre interesse público e interesse particular. Não mais se deve coadunar com a supremacia de um interesse sobre outro, haja vista que recusar a possibilidade de conciliação entre direitos fundamentais e interesses coletivos consiste em ignorar a premissa do personalismo adotada pelas Constituições sociais, o qual concebe o indivíduo como ser social.

O interesse público é uma expressão ampla que pode ensejar a satisfação tanto de um interesse geral quanto de um interesse privado, quando postos em conflito. Pondo-se de acordo com a premissa de que interesses privados e coletivos coexistem como objeto de tutela constitucional, mister conceituar interesse público não como um pressuposto abstrato e apriorístico, mas como consequência de uma ponderação feita entre os interesses em jogo a partir do princípio da proporcionalidade.

Diante dessa noção de interesse público e da função social da propriedade urbana, a propriedade urbana não pode degenerar-se com o preenchimento só dos interesses econômicos de seu titular, pois consideráveis são, também, as situações não-proprietárias e a organização dos grandes centros urbanos.

Pensar no direito de propriedade exige compreensão de sua substancialidade para uma ambiência urbana mais justa, justiça auferível a partir da capacidade do Estado em dar concretude aos fundamentos e objetivos constitucionais. É na cidade que as realidades do público e do privado se confrontam e, paradoxalmente, devem conviver.

Nessa esteira, a participação da sociedade no planejamento das cidades é requisito para vencer a exclusão social e mecanismo para reforçar a institucionalização da igualdade. A cidadania no desenvolvimento urbano deve nos fazer inferir que a cidade contemporânea é a expressão do coletivo e sua construção deve ser de responsabilidade de todos, tanto do Poder Público como da sociedade.

Para se fazer cumprir a função social da cidade não há de haver a negação do outro e a manipulação dos economicamente mais fortes na ocupação do

território. Enquanto esse quadro persistir, a sustentabilidade entre o econômico e social não vingará nos espaços urbanos.

O urbanismo e o cumprimento da função social da propriedade (falar em função social da propriedade é dispor sobre a instrumentalidade da relação de propriedade em relação à construção da sociedade) são primordiais na busca de uma cidade mais justa e igual, onde possam conviver harmoniosamente o individual e o coletivo. O urbanismo - técnica, ciência e arte que, ao mesmo tempo, objetivam a organização dos espaços urbanos, visando o bem-estar coletivo e a implementação das funções sociais da cidade – deve estar associado, hodiernamente, às necessidades decorrentes do estabelecimento humano na cidade e encarregado de mesclar o estético com o social.

O comando das cidades não pode ficar nas mãos impróprias do mercado especulativo, favorecedor de concentrações e segregações, se quisermos mesmo cercar o espaço urbano pelos vetores axiológicos da sustentabilidade e da solidariedade.

O indivíduo deve ser um agente comprometido com a formação social da qual faz parte. Não se pode inverter a visão da sociedade como cooperação, para a de sociedade como serva do agir individual.

Reafirmada a preocupação de apreender a cidade como lugar de todos e não apenas de alguns poucos que tentam a partir dela se enriquecer, faz-se necessária a intervenção estatal na propriedade privada urbana, no sentido de assegurar o cumprimento de sua função social.

Nesse contexto em que o urbanismo assume uma função pública, a desapropriação pode ser compreendida como um dentre vários instrumentos que o Estado pode fazer uso para atribuir às cidades funcionalidade.

A partir desse modo de visualizar o estado de coisas e da proposição de novas concepções, poderemos conceber a cidade como espaço onde pousam e repousam os fundamentos e objetivos constitucionais, principalmente a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a justiça e a solidariedade.

Ao todo coletivo não se pode impor interesses prontos e próprios; a sociedade só será livre, justa e solidária quando os interesses forem construídos e sustentados nos pilares do exame e cálculo entre a vontade privada e as necessidades sociais. Sendo assim, estaremos perfectibilizando o verdadeiro interesse público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALFONSIN, Jacques Távora. Breve apontamento sobre a função social da propriedade e da posse urbanas à luz do novo Estatuto da Cidade. In: Letícia Marques Osorio (Org.). *Estatuto da Cidade e reforma urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BEZNOS, Clóvis. Desapropriação em nome da Política Urbana. In: Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz (Coord.). *Estatuto da Cidade - Comentários à Lei Federal 10.257/2001*. 2. ed. São Paulo: Malheiros.

_____. *Desenvolvimento urbano*. In: Revista Trimestral de Direito Público 11/1995. Malheiros.

BINENBOJM, Gustavo. Direitos fundamentais e democracia como fundamentos estruturantes do Estado Democrático de Direito. O neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito Administrativo. In: *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Do princípio da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade. In: *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOREKI, Vinícius. *Sem direito à moradia digna*. Gazeta do Povo. Curitiba, 21 de setembro de 2010. Disponível na internet via [WWW.URL:<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?tl=1&id=1048595&tit=Sem-direito-a-moradia-digna>](http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?tl=1&id=1048595&tit=Sem-direito-a-moradia-digna). Acesso em 05 de outubro de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.041.197/2008, do Mato Grosso do Sul. Estado de Mato Grosso do Sul *versus* Ministério Público de Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Humberto Martins. Acórdão de 25 de agosto de 2009.

CALVINO, Ítalo. *As cidades invisíveis*. Diogo Mainardi (Trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CARDOSO, Fernanda Lousada. *A propriedade privada urbana obriga? Análise do discurso doutrinário e da aplicação jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. *O consórcio imobiliário como instrumento de intervenção urbanística*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CARNEIRO, Ruy de Jesus Marçal. *Organização da cidade: planejamento municipal, plano diretor e urbanificação*. Max Limonad, 1998.

CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. Novas fronteiras do Direito Urbanístico. In: Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. (Coord.) *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CORREIA, Fernando Alves. *Estudos de Direito do Urbanismo*. Coimbra: Almedina, 1997.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas. Uma análise do ensino do direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COSTALDELLO, Angela Cássia. A propriedade Privada, o Urbanismo e as Parceiras Público-Privadas: Transformações e Perspectivas. In: Edgar Guimarães (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

DERANI, Cristiane. *A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo de sua função social*. In: Revista Trimestral de Direito Público 34/2001. Malheiros.

FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e propriedade contemporânea (uma perspectiva da Usucapião Imobiliária Rural)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FERNANDES, Edésio. Direito urbanístico e política urbana no Brasil: uma introdução. In: Edésio Fernandes (Org.). *Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Planejamento Urbanístico e a Responsabilidade do Estado. In: Edgar Guimarães (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FINGER, Ana Cláudia. O público e o privado na Administração Pública. In: Edgar Guimarães (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FONTES, André. Limitações constitucionais ao direito de propriedade. In: Gustavo Tepedino (Coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FREITAS, José Carlos de. Direito Urbanístico. In: Vidal Serrano Nunes Júnior (Coord.). *Manual de Direitos Difusos*. São Paulo: Verbatim, 2009.

FREITAS, Juarez. Repensando a natureza da relação jurídico-administrativa e os limites principiológicos à anulação dos atos administrativos. In: *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Desapropriação urbanística: um instrumento jurídico de desenvolvimento urbano*. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 219, p. 153-177, jan./mar. 2000.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Gilmar Ferreira Mendes (Trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. O direito administrativo de espetáculo. In: Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

KATAOKA, Eduardo Takemi. Declínio do Individualismo e Propriedade. In: Gustavo Tepedino (Coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

LEAL, Rogério Gesta. *Direito Urbanístico: Condições e possibilidades da constituição do espaço urbano*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *A função social da propriedade e da cidade no Brasil: aspectos jurídicos e políticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988.

MAGALHÃES, Sérgio. *A cidade na incerteza: ruptura e contigüidade em urbanismo*. Rio de Janeiro: Viana & Mosley, 2007.

MATURANA, Humberto. *Biologia do fenômeno social: a ontologia da realidade*. Miriam Graciano (Trad.). Belo Horizonte: UFMG, 2002.

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo, Malheiros.

_____. *Novos aspectos da função social da propriedade*. In: Revista de Direito Público 84. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Bernardo Strobel. A desapropriação no Estado Democrático de Direito. In: Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MUKAI, Toshio. *Direito Urbano e Ambiental*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

_____. *O Estatuto da Cidade: síntese dos aspectos mais relevantes da Lei 10.257, de 10.7.2001*. In: Revista Trimestral de Direito Público 35/30.

PASSOS, Cynthia Regina de Lima. *Regime jurídico da propriedade urbana na Constituição de 1988 e a superação do conceito único de titularidade no Direito Civil brasileiro*. Curitiba: 2006, 195 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das Coisas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: Luiz Edson Fachin (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

REIS, Jorge Renato dos; FISCHER, Eduardo; MÖLLER, Max. Direito privado e suas interações fenomenológicas com o direito público. In: Jorge Renato dos Reis e Clovis Gorczewski (Org.). *A concretização dos direitos fundamentais: constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Norton Editor, 2007.

RIBEIRO, Paulo de Tarso. Direito e mudança social. In: José Eduardo Faria (Org.). *A crise do direito numa sociedade em mudança*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1988.

SANTOS, Milton. *Por uma economia política da cidade: o caso de São Paulo*. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009.

SARMENTO, Daniel. Supremacia do Interesse Público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____ *Direito Urbanístico Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. Função social da propriedade. In: Adilson Abreu Dallari e Lucia Valle Figueiredo (Org.). *Temas de Direito Urbanístico I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.